موجز
الأحكام العامة للالتزام
(في القانون المدني المصري)

دكتور محمد شكري سرور
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الطبعة الأولى
١٩٨٥/٨٤

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ شارع جواد حسني / القاهرة
ص ب : ١٣٠ - ت ٧٦٠٥٢٣



موجز
الأحكام العامة للالتزام
(في القانون المدني المصري)

دكتور محمد شكري سرور
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الطبعة الأولى
١٩٨٥/٨٤

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ شارع جواد حسني / القاهرة
ص ب : ١٣٠ - ت ٧٦٠٥٢٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــديم ، وتقسيم (*) :

يقصد بأحكام الالتزام موضوع هـــذه الدراسة ، مجموعة القواعد العامة التى تحكم الالتزام — بصرف النظر عن مصدره — من وقت نشـــأته وحتى انقضـــائه . وتتناول هـــذه القواعد ، ما يترتب على الالتزام من آثار ، وما يمكن أن يدخل عليه من أوصاف . كما تنظم انتقال الالتزام ، وأسباب انقضائه .

وكانت المجموعة المدنيـــة الحالية ، تنظم الى جانب ذلك قواعد اثبـــات الالتزام ، فى الباب السادس من الكتـــاب الأول (المواد من ٣٨٩ — ٤١٧) . ولكن هـــذه القواعد ألغيت ، وصدر بالاثبات قانون مستقل هو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

وعلى ذلك : نقسم هـــذه الدراسة الى أربعة أبواب على النحو التـــالى :

الباب الأول : فى آثار الالتزام .

الباب الثانى : فى أوصاف الالتزام .

الباب الثالث : فى انتقال الالتزام .

الباب الرابع : فى انقضاء الالتزام .

(*) ملحوظة :
من أجل تسهيل عملية الطباعة ، ولغرض اختصار حجم هوامش هذا المؤلف ، رأينا اختصار اسماء دوريات أحكام القضاء الفرنسية فى رموز ، والاشارة اليها معربة على النحو التالى :

ج . ب	= Gazette du Palais
جـ . ك . ب	= J.C.P. (La Semain Juridique)
د	= Dalloz (Jurisprudence générale)
» — أ.ر —	= » — information rapide —
» — س —	= » — Sommaire —
د . أ	= Dalloz Hebdomadaire
ر . ت	= Revue trimestrielle de dr. civ.
ر . ك	= Revue critique de légis. et de j.
س	= Sirey

اثار الالتزام

الباب الأول

تمهيد

تنفيذ الالتزام (وجوبه . انواعه . مدى امكان الجبر عليه) :

١ — منطقيا ، ينشأ الالتزام لينفذ . شاء المدين هذا التنفيذ أم لم يشأ ، حين يمكن للدائن : فى الفرض الأخير : أن يجبره أو يقهره على التنفيذ .وعلى ذلك صراحة نص المادة ١٩٩ مدنى التى تقضى بأن « ينفذ الالتزام جبرا على المدين » [١] . وهكذا فان الأثر الوحيد الذى يتصور أن يترتب على الالتزام . انما هو وجوب تنفيذه [٢] . هذا التنفيذ الذى قد يتم اختيارا : والا فجبرا ، أو قهرا .

ولما كان المبدأ فى الشرائع الحديثة هو عدم جواز القصاص للنفس ، يكون المقصود بالقهر فى هذا الصدد : هو القهر العام [٣] : فى معنى أن بوسع الدائن أن يستعين بالسلطة العامة لجبر مدينه على التنفيذ .

كما أنه بالنظر الى أن ضمان الدائن أصبح فى العصر الحاضر على أموال مدينه فحسب : يكون المقصود بالقهر هنا ، هو القهر المالى ، اذ لم يعد فى الحقيقة للاكراه البدنى الذى كان سائدا

---

(١) كذلك ، وفى نفس المعنى ، تقضى المادة ٢٠٣ مدنى بأن « يجبر المدين ... على تنفيذ التزامه ... » .

(٢) وفى هذا يختلف اثر الالتزام ، كما هو واضح ، عن اثر العقد . فهذا الأخير يمكن ان يرتب آثارا متعددة : قد تكون نشأة التزام لم يكن موجودا من قبل ، او انتقال التزام موجود ، او تعديل هذا الالتزام ، أو انقضائه . انظر فى هذا المعنى : د. محمود جمال الدين زكى . الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات . ط/٣ — ١٩٧٨ بند ٣٦٤ ، وانظر فى وجه آخر للتفرقة بين اثر الالتزام واثر العقد : د. عبد الفتاح عبد الباقى : دروس احكام الالتزام ص ٦ هـ ١ .

(٣) فى هذا المعنى :

MAZEAUD (H.L.J) : Leçons de droit civil T. 2 ; 5 éd. 1973 par JUGLART, No 932 P. 910.

فى العصور القديمة [١] من وجود الا فى حالات أو تطبيقات استثنائية قليلة [٢] .

كذلك ، فلما كان الأصل هو أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا يعد جريمة ، ومن ثم لا يستتبع عقوبة جنائية [٣] ، يكون المقصود بالقهر هنا ، هو القهر المدنى البحت [٤] .

٢ — والأصل فى تنفيذ الالتزام ، أن يقوم المدين بتأدية عين أو ذات ما التزم به ، حين يسمى التنفيذ فى هذه الحالة بالتنفيذ

---

(١) راجع فى اصل فكرة الاكراه البدنى ، وتطورها : د. سليمان مرقس موجز الالتزامات ١٩٦١ بند ٦٠٥ ، ٦٠٦ .

(٢) فجواز اللجوء الى طريق الاكراه البدنى لحمل المدين على تنفيذ التزامه ، ينحصر ، فى مصر ، فى دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن ، وكذلك فى المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة (وهى الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات) . ففى المجال الأول تقضى المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأنه « اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات او اجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى يقع بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها ان المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه . ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . اما اذا ادى المحكوم عليه ما حكم به او احضر كفيلا فانه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » . وفى المجال الثانى ، قضت المادة ٥١١ من قانون الاجراءات الجنائية بأنه « يجوز الاكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة . ويكون هذا الاكراه بالحبس البسيط » .

وفى فرنسا أيضا ، بدأ الالغاء التدريجى لنظام الاكراه البدنى منذ قانون ٢٢ يولية ١٨٦٧ ، واصبحت تطبيقات هذا النظام ، وعلى الأخص بعد تعديل قانون الاجراءات الجنائية الفرنسى سنة ١٩٥٩ ، استثنائية للغاية . راجع فى هذا التطور :

STARCK (B) : Droit civil (obligations) 1972 No. 2409.

وانظر ايضا : جوجلار (دروس مازو) سابق الاشارة البنود ٩٣٨ — ٩٣٩ .

(٣) لكن هذا الأصل لا يخل بأن هناك احوالا يمكن ان يعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه فيها جريمة جنائية ، منها ، على سبيل المثال ، اخلال المودع لدين بالتزامه برد الوديعة ، حيث يعتبر فى هذه الحالة مرتكبا لجريمة خيانة امانة . راجع فى امثلة اخرى : جوجلار سابق الاشارة بند ٩٣٢ .

(٤) فى هذا المعنى جوجلار بند ٩٣٢ .

العينى • فاذا لـم تتوافر شرائط هـذا النوع من التنفيذ — التى سنعرض لها فيما بعد — لا يكون أمام الدائن من مفر سوى أن يقنع بمبلغ نقـدى يكون مقابلا للأداء الأصلى . أو بعبارة أخرى . عوضا عنه • حين يسمى التنفيذ فى هـذه الحالة بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض •

٣ — غير أن ما تقدم من امكان جبر المدين على التنفيذ . انمـا يصدق فى الحقيقة على الالتزام فى صورته العادية ، وهو ما يقال له الالتزام المدنى • حين أن هنـاك نوعا آخر من الالتزام — وان كان استثنائيا — يفتقر الى امكان جبر المدين على تنفيذه : وهو ما يعرف بالالتزام الطبيعى • لذلك استدركت الفقرة ٢ من المـادة ١٩٩ مدنى : على الأصل المقرر بفقرتها الأولى من جـواز جبر المدين على تنفيذ التزامه ، فقضت بأنه « ومع ذلك : اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه » •

وتجد التفرقة بين هذين النوعين من الالتزام . من هذه الوجهة . أساسها فى أن الالتزام الطبيعى — وان شارك الالتزام المدنى فى عنصر المديونية (أى الأداء الواجب على المدين) — الا أنه يتجرد من عنصر المسئولية الذى يمكن للدائن بمقتضاه جبر مدينه على التنفيذ اذا لم يقم بذلك طواعية •

٤ — ونفرد ، فيما يلى دراسة مستقلة للالتزام الطبيعى بحسبانه صورة غير عادية ، لنفرغ بعد ذلك للخوض فى تفاصيل آثار الالتزام المدنى (العـادى) •

الالتزام الطبيعى (١) L'obligation naturelle

التعريف به . واساسه . وعناصره . وآثاره .

٥ — أشرنا فيما تقدم الى اشتمال الالتزام المدنى على عنصرين : عنصر المديونيـة وعنصر المسئولية • والعنصر الأخير هـو العنصر

---

(١) راجع فى دراسة وافية لهذا الالتزام . د. ثروت حبيب . الالتزام الطبيعى (حالاته وآثاره) ١٩٦١ .

الأساسى فى علاقة الالتزام التى تربط الدائن بالمدين • وهو العنصر الذى يمكن للأول أن يجبر الثانى على تنفيذ ما التزم به •

ويقابل هـذا النوع من الالتزام ما يعرف بالواجبات الأدبية . وهى أمور ترجع كلية الى ضمير الفرد وحده وخلقه الشخصى . ومثالها واجب الاحسان الى فقير • مثل هـذا النوع من الواجبات يتجرد تماما من عنصر الجزاء المدنى • كما أن الوفاء به لا يعتبر وفاء بدين واجب فى الذمة وانما يتعبير من قبيل التبرع المحض •

٦ — غير أن هنـاك منطقة وسطا بين الالتزام المدنى والواجب الأدبى • ويحتل الالتزام الطبيعى هـذه المنطقة • فلا هو يرتقى الى مرتبة الالتزام المدنى وذلك لافتقاره الى عنصر المسئولية . حيث لا يمكن حمل المدين به على تنفيذه رغمـا عنه [١] . ولا هو يهبط الى مستوى الواجب الأدبى [٢] . وذلك لاشتماله على عنصر المديونية . الأمر الذى يجعل من وفاء المدين به عن بينة واختيار . وفاء لدين واجب فى الذمة وبالتالى ألا يعد بامكانه الرجوع فيه واسترداد ما أداه •

٧ — ووجـود الالتزام الطبيعى فى هـذه المنطقة الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق . هو الذى يقف — فى الحقيقة — وراء اختلاف الشراح فى تأسيسه وتحديد مصدره •

---

(١) ولذلك ينتقد بعض الشراح اطلاق تعبير « التزام » على هـذا النظام ، حتى ولو وصف — تقييدا — بأنه « طبيعى » . انظر : د. جميل الشرقاوى . النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام ، ١٩٨٣ بند ٢ .
كذلك تسـاءل بعض الشراح الفـرنسيين ، عما اذا لم يكن هناك تناقضا بين استخدام لفظ الالتزام ، والقـول فى نفس الوقت أن هـذا الالتزام مجرد من الجبر ، بما يعنى أن هنـاك « التزاما غير الزامى » .
COLIN et CAPITANT, avec : DE LA MORANDIERE : Cour élé. de dr. civ. français. T. 2 ; 8 éd. 1935 No 272 p. 263.

(٢) لذلك ينعتـه البعض أحيـانا بالالتزام النـاقص . انظـر : د. عبد المنعم فرج الصدة ، احكام الالتزام ١٩٥٥ بند ٥ .

فالنظرية التقليدية للالتزام الطبيعي [١] — والتي تتأسس على تقاليد القانون الروماني — كانت تقرب بينه والالتزام المدني : حين رأت فيه التزاما مدنيا ناقصا : اما لأن هناك عقبة حالت دون اكتمال عناصره . أو حالت دون بقائه . ومثال الفرض الأول حالة الهبة الباطلة لعيب في الشكل . حيث يتخلف عنها لدى أنصار هـذه النظرية التزام طبيعي في ذمـة الورثة . بتنفيذها [٢] للموهوب له . ومثال الفـرض الثاني : حالة الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم . حيث يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي بتنفيذه [٣] .

٨ — وهـذه النظرة — فضـلا عن عدم دقتها — انما تحصر الالتزام الطبيعي في دائرة ضيقة . وتهمل تمـاما الأساس الخلقي في الالتزام الطبيعي . حين أنه — في الواقع — أساسه الجوهري [٤] . فالمدين حين يفي بالتزام سقط بالتقادم ؛ ومن ثم يعلم أنه غير مجبر

---

(١) راجع في عرض مفصل لهـذه النظرية : كولان وكابيتان و دى لاموراندير ، المرجع السابق ، البنود من ٢٧٣ — ٢٧٥ : د. ثروت حبيب المرجع السابق بند ٢١ وما بعده . د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج ٢ ؛ الاثبات — وآثار الالتزام ؛ ١٩٥٦ البنود ٣٩٠ ، ٣٩١ : د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند ٥٦٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي : دروس أحكام الالتزام بند ٧ .

(٢) وتقضي المـادة ٤٨٩ مـدني مصري بأنه « اذا قام الواهب أو ورثته مختارين ، بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ويرى البعض في مصر ، في هـذا الفرض ، مثالا من أمثلة الالتزام الطبيعي : انظر د. الصدة ، المرجع السابق ، بنـد ٧ . فيما لا يرى البعض الآخر ذلك . ويجتهدون في تخريج الحل الذي أتت به هذه المـادة على اسس أخرى . انظر في هذه الاجتهادات : د. عبد الرزاق السنهوري بند ٣٩٥ ، د. ثروت حبيب بند ١٣١ .

(٣) وعلى ذلك صراحة نص المـادة ٣٨٦ مدني .

(٤) لمزيد من التفاصيل في نقد هـذه النظرية راجع د. السنهوري بنـد ٣٩١ .

على وفائه ؛ انما يقوم بهذا السداد ارضاء للضمير [١] • كما أن خلق الوارث هو الذى يملى عليه تنفيذ الهبة الباطلة الصادرة من مورثه •

٩ — لذلك فان النظرة الحديثة للالتزام الطبيعى انما تقرب بينه والواجب الخلقى [٢] • ولكن لما كان من الضرورى فى نفس الوقت . الاحتفاظ بالحدود الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق . فان نوعا خاصا من الواجبات الخلقية هو الذى يرتقى الى مصاف الالتزامات الطبيعية ؛ وهو الواجب الخلقى الذى ارتقى فى وعى الجماعة الى حد التعارف على وجوب الوفاء به ارضاء للضمير [٣] • ومن أمثلة ذلك : واب الانفاق على قريب ممن لا يكون الشخص ملتزما بالانفاق عليهم قانونا [٤] • وواجب تعويض الضرر ؛ اذا لم تتوافر أركان المسئولية من الناحية القانونية فى حق المتسبب فيه ورأى مع ذلك وجوب تعويضه [٥] • وواجب من أثرى على حساب غيره ؛ بسبب ؛ فى أن يرد للمفتقر ما يقلل من قدر افتقاره • وواجب دفع مكافأة لمن أمضى فى خدمة الشخص

---

(١) على أن يلاحظ أن الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم ؛ وانما يتعين لذلك ان يدفع المدين بهذا الانقضاء . او بعبارة اخرى ان يتمسك به ، والا بقى التزاما مدنيا واجب التنفيذ . ويتفرع على ذلك انه اذا كان المدين لم يتمسك بهذا التقادم . وانما على العكس تنازل عنه بعد اكتمال مدته ، فان أثر ذلك هو بقاء الالتزام مدنيا . ولا يتخلف عنه فى هذه الحالة التزام طبيعى .

انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٨ ص ٤٢٩ .

(٢) ويعرف د. السنهورى . لذلك الالتزام الطبيعى بانه «واجب ادبى يدخل فى منطقة القانون » . بند ٣٨٧ . وفى نفس المعنى يقول جوسران أن الالتزام الطبيعى ليس شيئا آخر غير واجب أدبى ارتفع الى مستوى الالتزام الناقص .

JOSSERAND (L) : Cours de dr. civ. pocitif français. T. 2 : 2 éd 1933 No 717.

(٣) انظر : د. انور سلطان . النظرية العامة للالتزام ج ٢ (احكام الالتزام) بند ١٩ .

(٤) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٨٩٥/٧/٢٢ (د. ١٨٩٦ — ١ — ٥٦٩) .

(٦) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٨٩٢/٤/٥ (س. ١٨٩٥ — ١ — ١٢٩) وتعليق باليدير .

زمنا طويلا عرفانا بالجميل • وواجب الأب فى معاونة ابنته على تأثيث منزل الزوجية ••• الخ •

ويتضح مما تقدم . أن المعيار فى وجود الالتزام الطبيعى هو معيار موضوعى [١] ؛ اذ ليس الحاسم فى رقى هـذا الواجب الى مصاف الالتزام الطبيعى هو الخلق الشخصى للمدين به . وانما هو ما تعارفت عليه الجماعة وفق الأخلاق السائدة فى المجتمع • ويبقى الأمر فى النهاية ؛ بطبيعة الحال — للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع •

١٠ — وهكذا اتسعت دائرة الالتزام الطبيعى فى الوقت الحاضر. وأصبح لا يقتصر على الالتزام المدنى المتحلل بصورتيه السابقتين : التزام مدنى لم يكتمل . أو بفضلة من التزام مدنى كان قائما •

هذا التصوير الحديث . هو ما قننه المشرع المصرى . حين نصت المادة ٢٠٠ مدنى على أن : « يقدر القاضى عند عدم النص ما اذا كان هناك التزام طبيعى • وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » •

ويخلص من هـذا النص أنه — فى غير الحالات التى نص عليها المشرع صراحة — يكون أمر تقدير وجود الالتزام الطبيعى متروك للقاضى : على أن يراعى فى ذلك ما يأتى :

أولا : ضرورة أن يكون الواجب الأدبى — قوام الالتزام الطبيعى — قابلا للتنفيذ • وهو لا يكون كذلك الا اذا كان محددا فى محله وفى أشخاصه ؛ بما يجعله يشبه الالتزام القانونى من حيث صلاحيته للتنفيذ [٢] ؛ والا بقى فى اطار الواجبات الأدبية المحضة .

---

(١) راجع فى تفاصيل ذلك : د. ثروت حبيب ؛ المرجع السابق ؛ بند ١٤٣ ، ١٤٤ •

(٢) فى هـذا المعنى : د. سليمان مرقس • المرجع السابق بند ٥٦١ ؛ د. عبد الفتاح عبد الباقى ؛ بند ٨ •

والتى تفتقر عادة الى هــذا التحديد [١] .

ثانيا : سمو هــذا الواجب . فى خلق الجماعة . الى حــد التعارف على ضرورة الوفاء به ارضاء للضمير . وهو أمر يقدره القاضى فى ضوء الأخلاقيات السائدة فى المجتمع . ومن هــذا الشرط يتضح أن فكرة الالتزام الطبيعى هى فكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر . وفى المجتمع الواحد من زمن لآخر .

ثالثا : عدم تعارض الالتزام الطبيعى مع النظام العام . وهــو شرط حرص المشرع على ابرازه فى المــادة ٢٠٠ مدنى التى قضت بأنه « وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » . مع أن هذا الشرط مفهوم لذاته فى حقيقة الأمر . وكان يمكــ استخلاصه من جوهر فكرة الالتزام الطبيعى ذاتيا حتى ولو لم يرد به نص قانونى . فقوام الالتزام الطبيعى كما قلنا هو واجب أدبى أنزلته الجماعة منزلة سامية يتعين معها وجوب الوفاء به . ولا يتصــور فى الحقيقــة أن تتواضع الجماعة على ما فيه هلاكها وانحلالها من الأمور المخالفة للنظام العام . بل ان مثل هــذه الأمور ليست تقتصر على أنها تعجز عن الارتقاء الى مستوى الالتزامات الطبيعية . انما هى لا ترقى أساسا الى مجرد الواجب الأدبى المحض [٢] . وحتى بافتراض أن هناك من الأمور ما يسود الاعتقاد بوجوب الوفاء به لدى أوســاط معينة من النــاس . فان هــذه الأمور لا يمكن أن ترتقى الى مستوى الالتزام الطبيعى اذا كانت تخــالف النظــام العــام الذى يقوم عليه المجتمع فى مجمله . ففى أوساط المقامرين مثلا يعتبر الدين الذى نشأ من القمار دين شرف [٣] يلتزم به الخاسر رغم عــدم امكان مطالبته به . حين

---

(١) فالاحســان الى الفقــراء . مثلا . هو محض واجب أدبى . لا تحديد فيه لموضوع هــذا الاحسان ولا لشخص المحسن اليه . أما دفع الأب مبلغا نقــدبا لابنته لمعاونتها فى تأثيث منزل الزوجية . فانه من قبيل الوفاء بالتزام طبيعى .

(٢) فى هــذا المعنى : د. عبد الفتاح عبد الباقى . بنــد ٨ .

(٣) : « وليس هــذا من الشرف فى شىء » على حــد تعبير د. الصدة بنــد ٧ .

لا يمكن أن يرتقى هـذا الدين الى مستوى الالتزام الطبيعى حيث مخالفة المقامرة لأخلاقيات المجتمع عامة . ولذلك تقضى المـادة ٧٣٩ مدنى بأن « ... لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه ... ولو كان هناك اتفـاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطـرق »[1] .

١١ — وفى ضوء ما تقدم من مقومات الالتزام الطبيعى . يمكن آثاره[2] على النحو التالى[3] :

١ — لا يستطيع المدين به ، وقـد أداه عن بينة بأنه يفى بالتزام لا يمكن أساسا جبره على تنفيذه[4] . وعن اختيـار لم تكره ارادته عليه . أن يسترد ما أداه . فالوفاء به فى هـذه الحدود انما هو وفاء بدين واجب فى الذمة لتوافر عنصر المديونية فى هـذا الالتزام وليس

---

(١) ورغم أن المـادة ١٩٦٧ مدنى فرنسى لا تجيز — على العكس — الخاسر فى مقـامرة أن يسترد ما اداه باختيـاره ، الا أن بعض الشراح الفرنسيين يرفضون تأسيس هـذا الحـكم على فكرة الالتزام الطبيعى ؛ بحسبان المقامرة عملا غير اخلاقى لا يمكن أن ينشأ عنه مثل هـذا الالتزام . ويرون فيما نصت عليه هـذه المـادة حكما استثنائيا يمكن تخريجه على أساس من المبدأ القائل بأنه « اذا ما وقع المحظور من الجانبين فلا يسترد المدفوع » . انظـر :

DEBOIS et GAUDEMET (J) : par GAUDEMET (E) Théo géné. des obligations. 1965 P. 487.

كذلك يجوز للمدين الذى دفع فائدة تزيد نسبتها عن ٧٪ من اصـل الدين — اعمالا للاتفاق بينه وبين الدائن — أن يسترد ما دفع زائدا عن هـذه النسـبة . حتى ولو كان وقت الدفع يشـعر بأنه يفى بتعهد واجب عليه . ولا يمكن دفع هـذا الاسترداد بمقولة ان المدين اوفى بالتزام طبيعى فالاتفاق على فوائد تزيد عن هـذه النسبة يعتبر مخالفا للنظام العـام . وعلى ذلك صراحة نص المـادة ٢٢٧ مدنى .

(٢) راجـع فى تفاصـيل آثار الالتزام الطبيعى : د. ثروت حبيب بنـد ١٥٥ وما بعده ، الصفحات من ٣٨٧ — ٥٥٢ .

(٣) انظر فى دراسة تاريخية لمـا كان يترتب على الالتزام الطبيعى فى السابق من آثار : د. سليمان مرقس بنـد ٥٦٢ .

(٤) وفى القـانون الرومانى ، كان الوفاء بالتزام طبيعى . عن غلط فى ماهيته ، لا يمكن الرجوع فيه . اشار لذلك : ديبوا وجوديميه . المرجع السابق ص ٤٨٦ .

من قبيل التبرع ولا يخضع لأحكامه، وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢٠١ بأنه « لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا » .

٢ — اذا تعهد المدين — عن بينة واختيار — بالوفاء به ، اكتمل لهذا الالتزام عنصر المسئولية الذى كان يفتقده . وتحول الى التزام مدنى . وفى هذا المعنى تنص المادة ٢٠٢ بأن « الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى » .

٣ — لا يتقاصى الالتزام الطبيعى مع التزام مدنى [١] . ولا يجوز كفالته [٢] . وذلك لأنه سوف يترتب على كل من المقاصة أو الكفالة فى نهاية الأمر — وان كان بشكل غير مباشر — اجبار المدين بالالتزام الطبيعى على تنفيذه . وهو ما لا يجوز . فضلا عن أنه لا يسوغ — فى الكفالة — أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلى [٣] .

تقسيم :

بعد هذه المقدمة ، نوزع الدراسة فى آثار الالتزام المدنى على ثلاثة فصول : نعرض فى أولها التنفيذ العينى . وفى الثانى للتنفيذ بمقابل (أو بطريق التعويض) . لنكرس الثالث لدراسة ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان .

---

(١) وفى القانون الرومانى كانت هذه المقاصة جائزة . اشار لذلك : ديبوا وجوديميه ص ٤٨٦ .

(٢) انظر عكس ذلك . وان كفالته تجوز . قياسا على كفالة التزام ناقص الأهلية : ديبوا وجوديميه ص ٤٨٨ .

(٣) كذلك يرى البعض ان الالتزام الطبيعى . حالة كونه كذلك ، لا يتصور إن يكون مضمونا برهن ، اذ الحق العينى التبعى لا يتصور أن يكون اكبر قوة من الحق الأصلى . فى هذا المعنى : جوسران ، المرجع السابق بند ٧١٥ . وعكس ذلك : ديبوا وجوديميه ص ٤٨٨ .

الفصل الأول

التنفيـذ العينى

تقسـيم :

نوزع الدراسة فى هذا الفصل على ثلاثة مباحث : نعرض فى أولها لشروط التنفيذ العينى ؛ وفى الثانى لكيفية هـذا التنفيذ ؛ لنخصص الثالث لدراسة احدى وسائل حمل المدين على تنفيذ التزامه عينا وهى الوسيلة التى تعرف بالغرامة التهديدية .

المبحث الأول

شروط التنفيذ العينى

١٢ ــ ذكرنا من قبل أن التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل . ونضيف هنا أنه حـق لكل من الدائن والمدين ؛ بما يعنى أنه لا يمكن لأيهما أن يحيد عنه بمفرده ويطلب التنفيذ بطريق التعويض .

١٣ ــ وقـد أجملت شروط هذا النوع من التنفيذ المـادة ٢٠٣ مدنى . حين قضت بأنه « يجبر المدين ــ بعد اعذاره ــ ... على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ممكنا . على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » .

ويخلص من هـذا النص ؛ أن شروط التنفيذ العينى تتلخص فى :

١ ــ أن يكون التنفيذ العينى ممكنا :

فاذا استحال التنفيذ العينى امتنع الحكم به على المدين . لتتحدد بعد ذلك مسئوليته تبعا لسبب هـذه الاستحالة : فاذا كانت بفعله ــ

وهو أمر متصور فى جميع صـــور الالتزام باستثناء ما كان محله دفع مبلغ من النقود ــ أصبح مسئولا بالتعويض بدلا من التنفيذ العينى • مثال ذلك أن يعدم المدين محل ما هو ملتزم بنقل ملكيته ؛ أو يمتنع عن تنفيذ عمل قائم على اعتبار شخصيته ؛ أو يفوت الميعاد الملائم لتنفيذ الالتزام ؛ أو يأتى بالعمل الذى التزم بالامتناع عنه خلال مدة المنع • أما اذا كانت هـــذه الاستحالة بسبب أجنبى لا يد له فيه انقضى الالتزام كلية وامتنع على الدائن حتى أن يطالب بالتعويض (م ٣٧٣) •

٢ ــ الا يكون التنفيذ العينى مرهقا :

التنفيذ العينى المرهق هو تنفيذ ممكن فى حد ذاته . ولكنه يلحق بالمدين ضررا جسيما • وكان الأصل ألا يعتد بهذا الارهاق اعمـــالا للمبادىء التقليدية التى تعطى للدائن بالتزام مدنى الحق فى جبر مدينه على الوفاء به • لكن اعتبـــارات العـــدالة التى تقف وراء كثـــير من الاستثناءات الواردة على مبـــدأ القوة الملزمة للعقد ؛ وتطبيقا لفكرة عدم جواز التعسف فى استعمال الحق ــ قـــد حدت بالمشرع أن يجيز للمدين أن يستبدل بالتنفيذ العينى فى هـــذه الحـــالة دفـــع تعويض للدائن (١) ؛ ما دام أن هـــذا الاستبدال لن يلحق بهذا الأخير ضررا جسيما (٢) : والا وجب الرجوع الى الأصل والزام المدين بالتنفيذ العينى •

٣ ــ الا يكون فى التنفيذ العينى الجبرى مساسا بحرية المدين الشخصية :

قـــد تكون شخصية المدين محل اعتبار فى بعض صور الالتزام بعمل • وعندئذ فان مجرد امتناع المدين عن التنفيذ بالرغم من امكانه وعدم ارهاقه . انما يعد فى الواقع من قبيل الاستحالة التى تحـــرم

---

(١) وبديهى أن تقدير مدى الارهاق انما هو من مسائل الواقع التى تدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . انظر نقض ١٩٧٠/١٢/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠١ ص ١٢٣٤ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ المجموعة السنه ٢٨ رقـــم ١٥١ ص ٨٦٥ .

الدائن من مكنة الاصرار على طلب التنفيذ العينى [١] ؛ لأن فى مثل هذا الاجراء فى هـذه الحالة مصادرة لحرية المدين الشخصية [٢] . فضلا عن أنه لن يؤدى الى أداء العمل على الوجه المنتظر [٣] اللهم الا اذا أفلح فى حمله على التنفيذ العينى بوسيلة غـير مباشرة وهى وسيلة التهديد المـالى على ما سنرى فيما بعد .

٤ — اعذار المدين :

فاذا لم يكن المدين — بالفرض — قـد نفذ التزامه عينا باختياره ، فانه يلزم — فضلا عن الشروط السابقة ، وحتى يمكن أن يصل الدائن الى هـذا التنفيذ قهرا عنه ؛ أن ينبه عليه — رسميا — بوجوب هـذا التنفيذ ، وذلك من طريق اعذاره . مسجلا عليه بهذا الاجراء خطـأه اذا هو تراخى ، عن التنفيذ من بعده .

وفى هـذه الحدود يمكن أن يفهم ما نصت عليه المـادة ٢٠٣ مدنى من وجـوب اعـذار المدين كشرط للتنفيذ العينى للالتزام [٤] . فهى لا تقصد — بداهة — أن يكون هـذا الاعذار اجراء يجب أن يسبق بالضرورة كل تنفيذ عينى : فقد يسارع المدين ، وباختياره ، الى تنفيذ التزامه فور حلول أجل هذا الالتزام ، فيقع هذا التنفيذ صحيحا بالتأكيد ، ولا يمكن له بعد ذلك أن يطلب استرداد ما أداه متذرعا بأنه أوفى دون أن يعذره الدائن بوجوب هـذا الوفاء . بل ان هناك من الالتزامات ما يتم تنفيذها بقوة القانون فور نشوئها ودون حاجة الى تدخل من جانب المدين ؛ ومن ثم فان الاعذار كاجراء سابق على هـذا التنفيذ لا يكون متصورا [٥] . كما هو الحال مثلا فى الالتزام بنقل ملكية منقول

---

(١) انظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى ١٩٦٥/٦/٣٠ (ج . ب ١٩٦٥ — ٢ — ٣٢٩ وتعليق E.K.

(٢،٣) فى هـــذا المعنى جوجـلار ، دروس مازو بنـد ٩٣٣ .

(٤) قرب د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بنـد / ٣٨ . ويعمم الدكتـور البدراوى فيرى أن اشتراط الاعذار لاقتضاء التنفيذ العينى يبدو امرا غير مفهـوم بنـد / ٧ .

(٥) فى هـــذا المعنى : د. عبد الرزاق السـنهورى بند / ٤١١ . د. الصدة بند٩ ، وفى الفقه الفرنسى ، يقصر بعض الشراح بوضوح شرطا

معين بالذات . حيث تنتقل هذه الملكية ـ كما سنرى ـ بمجرد التراضى ما دام أن هـذا المنقول كان مملوكا للملتزم •

وحتى فى غير هـذه الحالات . اذا سارع الدائن ـ فور حلول أجل الوفاء بالالتزام ـ ورفع الدعوى على مدينه مطالبا اياه بالتنفيذ العينى ، دون أن يكون ـ بالفرض ـ قـد سبق أن أعذره بوجوب هـذا التنفيذ : فلا يعنى ذلك أن المطالبة القضائية لا تكون صحيحة • انما كل ما يترتب على عدم اعذار المدين . أن هـذا الأخير لا يعتبر متأخرا قانونا فى الوفاء بالتزامه حتى وقت رفـع الدعـوى • فاذا ما أوفى بهذا الالتزام ـ عندئذ ـ انقضت المطالبة القضائية ويتحمل الدائن (المدعى) مصاريف الدعوى التى سارع برفعها •

المبحث الثانى

كيفية التنفيذ العينى

اختلاف هذه الكيفية تبعا لموضوع التزام المدين •

١٤ ـ تختلف كيفية التنفيذ العينى للالتزام تبعـا لاختلاف موضوع الالتزام نفسه الواجب التنفيذ . وذلك على التفصيل التالى :

أولا : الالتزام بنقل الملكية (أو الحقوق العينية الأخرى) :

١٥ ـ فقد يكون المدين ملتزما فى مواجهة الدائن بنقل ملكية شىء أو أى حق عينى آخر عليه • وفى هـذه الحالة ، فان كيفية التنفيذ العينى لهـذا الالتزام سوف تتوقف على طبيعة هـذا الشىء . الذى قـد يكون منقولا وقـد يكون عقارا • وفى الفرض الأول قـد يكون منقولا معينا بالذات وقـد يكون منقولا معينا بالنوع •

(أ) فى المنقول المعين بالذات :

١٦ ـ فاذا كان محل الالتزام بنقل الملكية أو الحق العينى منقولا

= الاعذار ، على فرض التنفيذ العينى القهرى للالتزام . انظر مثلا : سنارك. المرجع السابق بند / ٢٠٣٥ ؛

MARTY et RAYNAUD : Droit civil T. 2 (V.I.) (Les obligations) 1962 No 655 bis.

معينا بالذات . فان هــذا الالتزام ينفذ بقوة القانون . أو بعبارة أخرى من تلقاء نفسه ، بمجرد الاتفاق . طالمـا أن هــذا المنقول كان مملوكا للملتزم • ولا يبقى بعد ذلك الا مطالبة المدين بتسليمه • وهــذا التسليم هــو التزام بعمل يمكن تنفيذه جبرا عليه • وفى هــذا المعنى تقضى المــادة ٢٠٤ مدنى بأن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ••• » •

ويتفرع على ما تقدم أنه اذا تصرف المدين فى هــذا المنقول بعد ذلك وقبل تسليمه للدائن . وسلمه بالفعل الى المتصرف اليه الثانى . فان هــذا الأخير اذا كان سيتملكه حقيقة ؛ الا أنه لن يتملكه بموجب التصرف الذى تم بينه وهــذا المدين الذى أصبح بالفرض غير مالك لهــذا المنقول منذ التصرف الذى تم بينه والدائن الأول ؛ وانما سوف تستند ملكيته فى حقيقة الأمر الى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية •

(ب) فى المنقول المعين بالنوع :

١٧ ــ أما اذا كان الالتزام بنقل الملكية أو الحق العينى منقولا معينا بالنوع ؛ وبالنظر الى أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا ترد بالفرض الا على شىء معين بالذات . فان العقد هنا يقتصر على مجرد انشاء التزام بنقلها • ويتم تنفيذ هــذا الالتزام عن طريق الافراز . الذى يتراخى انتقال الملكية حتى اتمامه • ويمكن تنفيذ التزام المدين بالافراز جبرا عنه ؛ عن طريق حصول الدائن على شىء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين وذلك بعد استئذان القاضى . بل ودون استئذانه فى حالة الاستعجال • اللهم الا اذا فضل الدائن المطالبة بقيمة الشىء • كل ذلك دون اخلال بحقه فى التعويض فى الحالتين • وعلى ذلك يجرى صريح نص المــادة ٢٠٥ مدنى ؛ التى تقضى بأنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هــذا الشىء » •

(ج) فى العقـــــارات :

١٨ ــ أما اذا ورد الالتزام بنقل الملكية على عقار ، فان هــذه الملكية ــ بموجب قانون الشهر العقارى ــ لا تنتقل بمجرد العقد ، وانما يقتصر هــذا الأخير على انشاء التزام على عاتق البائع بنقلها . هــذا الالتزام يمكن تنفيذه عينيا جبرا على البائع . برفع دعوى تعرف بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع . فاذا صدر الحكم فيها لصالح المشترى وقام بتسجيل هــذا الحكم ، قام ذلك مقال تسجيل العقــد نفسه ، وانتقلت الملكية للمشترى ، وبذلك يتم التنفيذ العينى للالتزام . هــذا وقــد حرصت المــادة ٢٠٤ على ايضاح التفرقة بين تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المنقول والالتزام بنقل ملكية العقار ، حين اشترطت فى عجزها ضرورة عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

ثانيا : الالتزام بعمل :

١٩ ــ وقــد يكون المدين ملتزما فى مواجهــة الدائن بالقيــام بعمل . وتختلف ــ فى هــذه الحالة ــ كيفية تنفيذ هــذا الالتزام . تبعا للفروض التالية :

(أ) الفرض الأول ، وفيه يكون العمل الذى يجب على المدين القيام به غير مرتبط بشخصه ، بحيث يستوى عند الدائن أن يقوم به المدين شخصيا أو غــيره . وهــذه مســألة يستقل الدائن وحــده بتقديرها . عندئذ اذا امتنع المدين عن التنفيذ اختيارا ، وكان من غير الجائز جبره على التنفيذ شخصيا ، الا أن التنفيذ العينى للالتزام يظل ممكنا على نفقته . وذلك بأن يحصل الدائن على اذن من القضاء بتنفيذ الالتزام بواسطة شخص آخر على نفقة المدين [١] . بل ويعطيه المشرع الحق فى عدم الاستئذان المسبق فى حالة الاستعجال (م ٢٠٩) .

(ب) وفى فرض ثان ، قــد يكون العمل الواجب على المدين أن يقوم به مرتبط ــ على العكس ــ بشخصه ، بحيث لا يجزىء الدائن

---

(١) ومن تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الفرض،نقض١٩٧٢/١١/٢٩ اشار اليه جوجلار ، دروس مازو ص ٩١٣ ، هـ ٣ .

أن يقوم به غير هــذا المدين • وعندئذ فاذا امتنع المدين عن القيام بالعمل كان من غير الممكن جبره على التنفيذ لمــا فى ذلك من مساس بحريته الشخصية • غير أن من حق الدائن فى نفس الوقت . أن يرفض الوفاء من غــير المدين (م ٢٠٨) . ولذلك فاذا لم يفلح الدائن — باستعمال وسيلة الغرامة التهديدية — فى حمل المدين على التنفيذ . فلن يبقى أمامه سوى أن يقنع بتنفيذ هــذا الالتزام بمقابل عن طريق التعويض •

(ج) وفى فرض ثالث . قــد يقوم حكم القاضى مقام الالتزام بعمل . اذا سمحت بذلك طبيعة هــذا الالتزام • ومثال ذلك الحــكم الصادر بثبوت التعاقد وصحة البيع فى بيوع العقارات . حيث يقوم تسجيله كما ذكرنا مقام تسجيل العقد نفسه فتنتقل به الملكية رغم امتناع المدين عن التنفيذ • ومن أمثلته أيضا ، ما قضت به المــادة ١٠٢ مدنى من أنه « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتمــام العقد . وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل . متوافرة ، قام الحكم — متى حاز قوة الشىء المقضى به — مقام العقد » •

الالتزام بامتناع عن عمل :

٢٠ — وقــد يكون المدين ملتزما بامتناع عن عمل • فاذا وقعت منه المخالفة لهــذا الالتزام . فان ازالتها يمكن — مع ذلك — أن تظل ممكنة • وتعد الازالة عندئذ تنفيذا عينيا لهــذا الالتزام • ويتوصل الدائن الى التنفيذ العينى بطريق الازالة . بأن يحصل على اذن من القضاء بذلك ، ويقوم بهذه الازالة على نفقة المدين فيتم بذلك تنفيذ الالتزام عينا جبرا عنه •

غير أنه يجدر التنويه فى هــذا الشأن ، بأن اللجوء الى القضاء بطلب الاذن المســبق بالازالة ، يظــل أمرا ضروريا حتى فى حــالة الاستعجال (م ٢١٢) ، وذلك على العكس من حالة الالتزام بعمل •

وتجد هـذه التفرقة مبررها فى أن اقدام الدائن على الازالة بنفسه انما يعد من أعمال العنف التى قصد المشرع تجنبها •

كذلك يجدر التنويه بأن القاضى لا يلتزم بالحكم بالأزالة اذا طلبه الدائن ، وانما يتمتع ازاء هـذا الطلب بسلطة تقديرية طبقـا للمادة ٢/٢٠٣ • وبموجب هـذه السلطة قـد لا يرى اجابة الدائن لطلبه وانما يكتفى بالاستجابة لطلب المدين استبدال التعويض النقدى بهذه الازالة اذا كان فيها ارهاقا جسيما له ، ولم يكن فى العدول عنها الى التعويض النقدى ضررا جسيما يلحق بالدائن [١] •

وبالمقابلة ، فان الحكم بالازالة لا يحرم الدائن حقه فى المطالبة بالتعويض الى جانبها ، اذا كان الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين لالتزامه بالامتناع عن العمل لا تعوضه مجـرد الازالة • وعلى ذلك صراحة نص المـادة ١١٤٣ من المجموعة المدنية الفرنسية [٢] ، الذى يعتبر فى الحقيقة محض تطبيق للقواعد العامة •

٣١ — غير أنه يتصور ، على العكس ، فى بعض الأحيان ، أن يكون التنفيذ العينى للالتزام بالامتناع مستحيلا ، أو بعبارة أدق يصبح مستحيلا فور وقوع المخالفة ، وذلك اذا ما كانت هـذه المخالفة غير قابلة للازالة بعد ذلك (كما هو الحال مثلا فى التزام الطبيب بعـدم افشاء سر مريضـه) • عندئذ لا يعد هنـاك من سبيل أمام الدائن الا طلب التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض •

---

(١) أنظـر ، من تطبيقات القضاء الفـرنسى ، مثالا لعدم الاستجابة لطلب الازالة ، لعـدم ملاءمته : نقض فـرنسى ١٩٧٠/١٠/٨ (ج.ب ، ١٩٧١ — ١ ملخص ٣١ . وكان المطلوب ازالته فى هذه الدعوى هو بنـاء مشغول بالعديد من السكان .

أما فى مجال اقامة المبانى بالمخالفـة للوائح التنظيم فان الملاحظ أن القضاء الفـرنسى لا يتردد فى الحكم بالازالة . أنظـر مثلا : نقض فرنسى ١٩٦٥/٣/١ (د) ١٩٦٥ — ٥٦٠ ؛ نقض فرنسى ١٩٦٧/٢/٦ (د) ١٩٦٧ — ملخص ٦١ .

(٢) وفى هذا المعنى ايضا : ستارك ، المرجع السابق بند / ٢٠٤٥ .

المبحث الثالث

احدى وسائل حمل المدين على التنفيذ العينى

(الغرامة التهديدية L'astreinte)

المقصود بهـا :

٢٢ — كثيرا ما يقتضى التنفيذ العينى للالتزام بعمل . تدخلا شخصيا من جانب المدين (كمـا فى حالة تعهـد فنان مشهور بتنفيذ ديكورات مبنى) . عندئذ اذا امتنع المدين عن التنفيذ . فليس أمام الدائن — والتنفيذ العينى القهرى غير ممكن فى هـذه الحالة لمـا فيه من مساس بالحرية الشخصية للمدين [١] — سوى أن يقنع بتعويض عن الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين لمـا التزم به فى مواجهته .

٢٣ — وفى محاولة لايجاد وسيلة غير مباشرة يمكن بهـا حمل المدين فى هـذا النوع من الالتزامات على احترام تعهـده ابتدع [٢] القضاء الفرنسى نظام الغرامة التهديدية . وهى مبلغ من المـال يحكم به القـاضى على المدين اذا امتنع عن تنفيذ التزامه بعـد الأجل الذى حدده له وطيلة ما بقى هـذا الامتناع . وهو يقدره عادة على أساس وحدة زمنية معينة (كأسبوع أو شهر مثلا) . ليظل مبلغ الغرامة يتراكم طيلة ما بقى موقف المدين معلقا . حتى اذا ما تحدد : بالتنفيذ أو استبان امتناعه النهائى . تمت تصفية مبلغ الغرامة على نحو ما سنرى فيما بعد .

٢٤ — وقـد تعرض هذا الخلق القضائى لاعتراضات شديدة[٣]

---

(١) أو حسب تعبـير البعض « حيث يبـدو اكراهه على التنفيذ مستحيلا . أدبيا على الأقل » . ستارك بند / ٢٠٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى ستارك بند / ٢٥١٦ .

(٣) واهم ما كان يؤخذ عليه . انه نظـام لا يسـتند الى اساس من القانون . وانه يخالف مبدأ وجوب تقدير التعويض بقدر الضرر لا بحسب جسامة الخطأ : كما انه يخالف مبدأ حجية الأمر المقضى . ما دام أن القـاضى لن يلبث فى النهاية حتى يرجع عن قراره وذلك بتصفية ما تراكم من مبلغ الغرامة . بل قيل بأن الغرامة : وهى عقوبة تحكمـية : انما تخالف مبدأ لا عقوبة الا بنص .

=

من جـــانب بعض الشراح الفرنسيين [١] فى بداية الأمر . لكن هـــذه الاعتراضات لم تثن محكمة النقض الفرنسية عن المضى فى تبنى هـــذا النظام الذى ابتكرته . والذى لم يعدم أن يجد من الأنصار من أمكنهم تفنيد الانتقادات التى وجهت اليه [٢] .

٢٥ — وعن القضاء الفرنسى . نقل القضاء المصرى هـــذا النظام فى ظل المجموعة المدنية الملغاة . وطبقه اذ ذاك دون سند من القانون [٣] حيث لم تكن هـــذه المجموعة تنص عليه . أما فى ظل المجموعة المدنية الحالية ، فقد أصبح هـــذا النظام مقننا . حيث قضت المـــادة ٢١٣ مدنى بأنه « اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه . جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك » .

على أن تعبير الغرامة التهديدية الذى أطلقه المشرع على هـــذا النظام ، بالمخالفة لمـــا كان قـــد استقر فى ظل التقنين الملغى من اطلاق

= لمزيد من التفاصيل فى هـــذه الانتقادات راجع :

BORE (J) La liquidation de l'astreinte comminatoire D 1966 — .chr — spec. pp. 164 — 167.

وراجع فى عرض منصل لهذه الاعتراضـات ، أورده : دبيوا وجوديمبه . الصفحات من ٣٥٣ — ٣٥٦ ؛

FREJAVILLE (M) : L'astreinte. D 1949 — chr — p. 1

وانظر ايضا :

ESMEIN(A) : L'origine et la logiquc de la Jurisprudence en matière d'astreints. R.T 1903 P. 5.

(١) من هذا الاتجاه : جوسران ، المرجع السابق بند / ٥٩٧ ؛ بوريه المقـــال السابق . على الأخص ص ١٦٤ عمـــود ٢ ، والصـــفحات من ١٦٥ — ١٦٧ ؛ لوران . ديمولومب : أشار اليهما مارتى ورينو ، المرجـــع السابق ص ٦٩١ هامش ٤ . كما يبدو يشكك فى شرعية هذا النظام كل من: كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١١٦ .

(٢) راجع فى تفاصيل هذه التفنيدات : ستارك بند ٢٥٢١ ؛ ديبـــوا وجوديميه ص ٣٥٣ — ٣٥٦ .

(٣) أشار الى ذلك : د. اسماعيل غانم فى النظرية العـــامة للالتزام جـ ٢ ، ١٩٦٧ ، بند ١٣ .

تعبير « التهديد المـالى » عليه ؛ هـو فى اعتقادنا محل نظـر [١] .
فالغرامة لها مدلولها المحدد فى قانون العقوبات ؛ وجوهرها أنهـا مبلغ نقدى تقدره المحكمة بشكل اجمالى وبصفة نهائية لا سبيل الى مراجعته. وهى فى كل ذلك بعيدة كل البعد عن فكرة التهديد . حين أن هـذا الأخير هو — على العكس — الهدف الوحيد لهذا النظام . الأمر الذى يجعل من التعبير الذى اختـاره المشرع منطويا فى اعتقادنا على تناقض فى تركيبه : اذ ليس من سبيل فى الحقيقة الى التوفيق بين لفظة غرامة ولفظة تهديد . وأولى منه العودة الى تعبير « لتهديد المـالى » .

شروطهـا :

٢٦ — فى ضوء نص المـادة ٢١٣ مدنى سابقة الاشارة . يمكن تلخيص شروط التهديد المـالى ، على النحو التالى :

١ — ان يكون هناك التزام واجب التنفيذ على المدين :

فيجب من ناحية . أن يصـدق على ما يراد حمـل المدين على تنفيذه من طريق هـذا النظام . وصف الالتزام بالمعنى الدقيق [٢] .
ومن ثم فانه لا يجوز مثلا سلوك هـذا السبيل لحمـل المدين على الحضور أمام المحكمة : لأن حضور الخصم ليس التزاما عليه [٣،٤] .

---

(١) من منتقدى هـذا التعبير ايضا : د. اسماعيل غانم ، المرجـع السابق ، بند ١٢ ؛ د. محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٠ هامش ٦ .

(٢) ولذلك — مثلا — رفضت محكمة النقض الفرنسية ان يحكم على زوج يهودى طلق زوجته ، بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم كتب الطلاق لهـا ؛ لأن هذا التسليم « يشكل فى الحقيقة — بالنسبة له — رخصة تتصل بحرية اعتقاده الدينى ، لا يجعل اساءة استعمالها محـلا الا للتعويض » . نقض فرنسى ١٩٨٢/٤/٢١ ، د ١٩٨٢ — أ.ر — ٣٢٥ .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، د. عبد الفتاح عبدالباقى بنـد ٣٣ .

(٤) كما لا يجوز اللجوء الى الغرامة لحمل شخص على ذكر أسماء من اشتركوا معه فى جريمة . لأن القانون لا يلزمه بذلك : فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ويشير فى نفس الاتجاه (ص ٦٩٤ هـ ١) الى استئناف باريس ١٩٢٧/١١/١٠ .

كما يتعين من ناحية أخرى ، أن يكون التنفيذ العينى لهذا الالتزام لا يزال أمرا ممكنا [١] ؛ لأنه اذا كان على العكس قد استحال ، برئت بالفرض ذمة المدين ما دام أن هذه الاستحالة كانت ترجع الى سبب أجنبى لايد له فيه ، ولم يعد من حق الدائن اللجوء الى هذه الغرامة[٢] . بل انه حتى ولو كانت هذه الاستحالة بفعل المدين ، فان اللجوء اليها سيظل غير متصور أيضا ، ما دامت بالفرض قد فقدت مبررها حيث « لا يمكن القهر على مستحيل » [٣] ، ولا يبقى أمام الدائن سوى طلب التعويض [٤] .

٢ — عدم امكان او عدم ملاءمة التنفيذ الا من جانب المدين :

وهذا الشرط الذى حرصت على ابرازه المادة ٢١٣ مدنى ، هو فى الحقيقة مبرر هذا النظام من أساسه .

وقد سبق أن ذكرنا أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يقبل التنفيذ العينى المباشر دائما [٥] . وكذلك الالتزام بنقل الملكية أو الحق

---

(١) ويستخلص من ذلك بعض الشراح الفرنسيين ، الصفة التبعية للغرامة فى العلاقة بالالتزام الأصلى الواجب التنفيذ : انظر ، ستارك بند ٢٥٢٤ .

(٢) انظر على سبيل المثال : نقض (تجارى) فرنسى ١٩٣٩/٥/٢٥ (ج . ب ١٩٣٩ — ٢ — ١٧٥) .

(٣) « a l'impossible nul ne saurait étre astreinte ». ستارك بند ٢٥٣٨ .

(٤) أنظر ، على سبيل المثال : استئناف ليون ١٩٥٢/٦/١ ١٩ — س — ٤١) .

(٥) وقد رفض تطبيق الغرامة فى هذا المجال نقض فرنسى ١٩١٨/١٠/٢٨ (س ١٩١٩ — ١ — ٨٢ وتعليق هيجينى) . وأنظر عكس ذلك نقض (تجارى) فرنسى ١٩٥٦/٤/١٧ (جـ. ك. ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٣٣٠ وتعليق ميليو) .

وفى الفقه الفرنسى : يرى البعض ضمنا عدم تطبيق الغرامة فى هذا المجال : انظر ستارك بند ٢٥٤١ (وان كان يرى أن الهدف المقصود للغرامة هنا هو تفادى لجوء الدائن الى اجراءات الحجز على أموال المدين) . بينما يؤيد البعض الآخر تطبيقها فيه : أنظر مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ويقترب جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ .

العينى . بل وبعض صور الالتزام بعمل اذا كانت شخصية المدين غير ذات اعتبار بالنسبة للدائن . أو فى الحالات التى يمكن أن يقوم حكم القاضى فيها مقام تنفيذ المدين . ولذلك يكاد يقتصر نظام الغرامة على حالة الالتزام بعمل (١) لا يمكن تنفيذه أو لا يلائم الا من جانب المدين شخصيا (٢) . وفى حالة الالتزام بامتناع عن عمل (٣) اذا كان المطلوب هو امتناع مستمر (٤) (٥) .

* * *

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٤٧/٨/٤ (ج.ب ١٩٤٧ — ٢ — ملخص — ٣٠ ؛ محكمة السين التجارية ١٩٥٤/١/١٨ (د. ١٩٥٤ — ٢٨٤) ؛ استئناف اكس ١٩٢٨/٤/١٩ (د. ١٩٣٠ —٢—١٧ وتعليق بيك) ؛ نقض ١٩٧٠/٦/٥ (ج.ك.ب ١٩٧٠ — ٤ — ١٩٦) .

(٢) على أن يلاحظ أن هنـاك مجالا من المسلم بأن الغرامة التهديدية لا يجوز اللجوء اليها فيه . وهو مجال الحق الأدبى للمؤلف . فلا يجـوز استعمال هذه الغرامة فى مواجهة هذا الأخير اذا كان فى استعمالها مساسا بهذا الحق . ولا يكون امام دائن المؤلف . اذا امتنع هذا الأخير مثلا عن تسليم مصنف تعهد بتسليمه للدائن — سوى أن يقنع بتعويض نقـدى بدلا من التنفيذ العينى . فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٤٠ ؛ د. اسماعيل غانم بند ١٧ ؛ وفى القضاء الفرنسى نقض ١٩٠٠/٣/١٤ (د. ١٩٠٠ —١—٤٩٧ وتقـرير رو وتعليق بلانيول) .

(٣) ومن التطبيقات القضائيـة لهذا الفرض انظـر محكمة مارسيليا ١٩٦٨/٢/٧ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٦٠٠ وتعليق بيرون) .

(٤) ومن ذلك تطبيق القضاء الفرنسى الغرامة لوقف مضايقات الجوار غير المـألوفة . انظر مثلا : استئناف أجو ١٩٧١/٢/٢ (ج.ب ١٩٧١ — ١ — ٣٢٨) .

(٥) وكان القضاء الفرنسى فى البداية قد توسع فى اللجوء الى هـذا النظام فاستعمله فى مجال الحقوق غير المـالية . وعلى الأخص حقـوق الأسرة . بل ان بعض الأحكام لجأت الى الغـرامة فى سبيل الحث على احترام الالتزام بالمساكنة (أو المعيشة المشتركة) بين الزوجين .

اشار الى هذا التوسع . والى احكام قضائية عديدة فى هذا المجال : مارتى ورينو بنـد ٦٧٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ؛ سـتارك بند ٢٥٣٩ وهو يعلق — بحق — على استعمال الغرامة لتحقيق الهـدف الاخير بأنه يؤدى فى النهـاية الى مسرحية هزلية أكثر مما تؤدى الى التزام حقيقى .

وانظر فى التطبيقات الموسعة لهذا النظام :

ESMEIN (P) : Les astreintes, leurs nouvelles applicatians G.P 1941 — 1 doct — 81.

٢٧ — فاذا كان ما تقدم . فانه لا أهمية بعد ذلك لما اذا كان المدين شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا . ولم يتردد القضاء المدنى الفرنسى فى الحكم بالغرامة التهديدية ضد الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة [١] . ويحظى هذا الاتجاه بتأييد فقه القانون الخاص بدوره [٢] . ما دام أن الادارة . على حد تعبير جوجلار « قد تقدم المثل على القدوة السيئة بأن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها حتى بعد أن تتأكد هذه الالتزامات بحكم القضاء » [٣] . فقط أثير التساؤل — بالمقابلة عما اذا كان بالامكان أن يقضى بالغرامة لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة فى مواجهة المدينين من الأفراد . وفى هذا الخصوص يقبل القضاء المدنى الفرنسى ذلك [٤] . فيما يتجه القضاء الادارى وجهة عكسية . على أساس من أن الدولة تملك من وسائل القهر الفعالة والكافية فى مواجهة الأفراد ما يغنيها عن اللجوء

---

(١) انظر مثلا : محكمة رن المدنية ١٩٤٨/١/٢٨ (ج.ب ١٩٤٨ — ١ — ملخص — ٢٦) ؛ محكمة مونبيلييه المدنية ١٩٤٨/٩/١ (ج.ك.ب ١٩٤٨ — ٢ — ٤٥٢٩ وتعليق .M.F) ؛ محكمة التنازع ١٩٤٨/٦/١٧ (ج.ك.ب ١٩٤٨ — ٢ — ٤٤٣٧ وتعليق جورج) ؛ استئناف اكس ١٩٤٩/١٢/٢٧ (د. ١٩٥٠ — ٨٠) ؛ استئناف أورليان ١٩٥٠/٣/٢ (د. ١٩٥٠ — ٤٤٠) ؛ نقض تجارى ١٩٥٦/٤/١٧ سابق الاشارة اليه ؛ استئناف جرينوبل ١٩٦١/٥/١٠ (ج.ب ١٩٦١ — ٢ — ملخص — ٩) .

أما القضاء الادارى الفرنسى فلا يتجه هذه الوجهة . استنادا . فى تقدير البعض — الى مبدأ الفصل بين السلطات انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ص ٦٩٥ . ومن تطبيقات القضاء الادارى فى هذا الاتجاه العكسى : حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٢٢/١١/١٥ (س ١٩٢٤ — ٣ — ٣٣ وتعليق هوريو) ؛ وفى ١٩٢٤/٢/٢٧ (د.ا ١٩٢٤ — ٢٦٨) ؛ وفى ١٩٣٣/١/٢٧ (د. ١٩٣٤ — ٣ — ٦٨) .

(٢) انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ص ٦٩٥ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ؛ فريجافيل . المقال سابق الاشارة (١٩٤٩) ص ٣ عمود ١ وعكس ذلك : من فقه القانون العام : فالين اشار اليه فريجافيل .

(٣) جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ص ٩٢١ .

(٤) انظر مثلا : محكمة نانت المدنية ١٩٥٢/٢/١٩ (ج.ب ١٩٥٢ — ١ — ٢٩٩) .

لهــذا النظــام (١) •

٣ — هل يشترط للحكم بالغرامة أن يطلبها الدائن من القاضى ؟

٢٨ — الفقه منقسم بشأن هــذا الشرط • ويستند مشترطوا طلبها (٢) . الى ذلك المبدأ الثابت فى قانون المرافعات وهو أن المحكمة لا يجوز أن تقضى بأزيد مما طلبه الخصم • والى أن مفاد نص المــادة ٢١٣/١ مدنى التى قضت « بجواز » أن يحصل الدائن على حكم بالزام المدين بالتنفيذ العينى وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك . أن لجوء الدائن الى هــذه الغرامة هو رخصة له هو وليس للمحكمة . التى لا يمكنها من ثم أن تلجأ اليها من تلقاء نفسها (٣) • بينما لا يرى الفريق الآخر أية تعارض بين مبــدأ قانون المرافعــات سابق الاشارة وحكم القاضى بالغرامة من تلقاء نفسه ، على أساس من أن هــذا الحكم ليس حكما مستقلا عن الحكم بالتنفيذ العينى . وانما هو مجرد وسيلة يكفل بهــا القاضى نفاذ هــذا الحكم الأخير ، ومن حق القاضى أن يلجأ من تلقاء نفسه الى ما يراه مناسبا من الوسائل التى أجازها له المشرع لكفالة نفاذ أحكامه (٤) • وفى هــذا المعنى الأخير يقول فرانك : ان القاضى

---

(١) انظــر مثلا حكم مجلس الدلة الفرنسى فى ١٩٣٣/١/٢٧ (د. ١٩٣٤ — ١ — ٦٨) . وقارن مع ذلك حكم مجلس الدولة فى ١٩٥٦/٧/١٣ (ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ١٤٨) ؛ (ر.ت ١٩٥٦ ص ٧٣٠ وملاحظات هنرى وليون مازو) .

(٢) من أنصار هــذا الاتجاه : د. السنهورى بند ٥١٤ ؛ د. سليمان مرقس المرجع السابق بنــد ٦٠٨ ؛ د. عبد الفتاح عبد البــاقى بند ٣٣ ؛ د. جميــل الشرقاوى بنــد ١٢ ؛ د. محمود جمال الدين زكى بنــد ٣٨٠ ؛ د. سمير تناغو ، نظرية الالتزام بنــد ٢٩٧ ؛ ومن الفقــه الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١١٦ .

(٣) فى هذا المعنى : د. سليمان مرقس أحكام الالتزام ١٩٥٧ بند ٦٩ .

(٤) من انصار هذا الاتجاه : د. اسماعيل غانم بند ١٨ ؛ د. عبدالودود يحيى ، دروس فى النظرية العامة للالتزامات جـ٢ ١٩٨٠ بند ١٧ ؛ ويقترب : د. انور سلطان بند ٥٩ . د. مصطفى الجمال . الوجيز فى القــانون المدنى (... احكام الالتزام) بند ٢٦٨ .

وفى الفقــه الفرنسى : ســتارك بند ٢٥٤٥ ؛ مارتى ورينو بند ٦٧١ . جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٢ . بند ٩٤٤ ؛ فريجانفيل مقال داللوز ١٩٤٦ سابق الاشارة ص ٢ عمود ٢ . KAYSER : L'astreint judiciaire et la responsabilité civile. R.T 1953 P. 226 No 13.

=

يجب عليه ألا يكتفى بأن « ينطق بالقانون » وانما عليه أيضا أن يهتم بكفالة تنفيذ ما ينطق به . والغرامة هى وسيلة الى ذلك (١) .

٢٩ — وفى اعتقادنا أن الاتجاه الأخير اذا كان هو الذى يستجيب والوظيفة الأساسية للغرامة ، وأنه اذا كان من المفهوم أن يتبناه غالبية الفقه الفرنسى حيث لا نص هناك يقابل المادة ٢١٣/١ مدنى مصرى ، الا أن الاتجاه الأول هو الذى يتمشى فى الحقيقة وصياغة النص المصرى الذى يجعل من اللجوء الى الغرامة مجرد أمر جوازى للدائن . صحيح أن الفقرة الثانية من نفس النص تجيز للقاضى أن « يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » . لكن السبيل الى امكانية هـذه الزيادة لابد أن يطرقه الدائن أولا بطلب الحكم بمبدأ الغرامة أساسا . هـذا الى أن هناك شبهة فعلا أن يكون الحكم بهـا من تلقاء المحكمة نفسها . مخالفا لمبدأ قانون المرافعات سابق الاشارة . ما دام أن القاضى حين يصفى ما تراكم من مبلغهـا فى النهاية ، احترم المدين حكمه فنفـذ أم لم يحترم ، سوف يتعين عليه ، كما سنرى ، أن يضيف فوق ما يقابل ما أصاب الدائن من ضرر بالفعل من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه . ما يقـابل ما بـدا من المدين من عنت عقابا له . ولمـا كان الدائن . بالفرض ، لا يستطيع أن يتكهن بمسلك المدين . فان الحصيلة النهائية لمبلغ الغرامة — التى تطوع القاضى بالحكم بهـا من تلقاء نفسه — ستكون أكثر مما توقع الدائن أن يحصل عليه من القضاء . بل وأكثر مما طلبه منه . وهكذا اذا أريد أن يكون للقـاضى هـذه الرخصة . فيتعين — فى تقديرنا — تعديل النص سـابق الاشارة ليكون صريحا فى هـذا المعنى .

= وقرب ديبوا وجوديميه ص ٣٥٠ ؛ ومن الأحكام القضائية : نقض فرنسى ١٢/١٠/١٩٨٢ ا د. ١٩٨٣ — أ.ر — ٦٦ ، ١٠١ وقد رتبت المحكمة على ان الغرامة تهدف الى ضمان تنفيذ حكم القاضى ، أنها لا يمكن ان ترتب اثرها قبل اعلان هـــذا الحكم) ؛ نقض ٢٦/٤/١٩٦٨ ا د. ١٩٦٨ — ٥٢٦ وتعليق فرانك) ؛ وقرب باريس ٣١/١/١٩٨٤ ا د. ١٩٨٤ — ٢٨٣ وتعليق ليندون ؛ حيث تقول ان وظيفة الغرامة هى كفالة تنفيذ الحكم) .

(١) فرانك ، تعليق على نقض ٢٦/٤/١٩٦٨ المشار اليـه فى الهامش السابق .

٣٠ — وأيا ما كان الأمر فى هـــذا الخلاف : فان من المسلم به أن للقاضى ازاء طلب الحكم بالغرامة . سلطة تقديرية • وهو فى الحقيقة لن يستجيب لهـــذا الطلب الا اذا قـــدر — من ظروف الدعوى — أن هناك أملا يرتجى . من طريق الضغط على المدين بهذه الوسيلة : أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا [1] •

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

٣١ — يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالمميزات التالية :

١ — التقـــدير الزمنى :

لا يحكم القـــاضى عادة بالغرامة كمبلغ محدد ثابت يهدد المدين بدفعه اذا لم ينفذ الالتزام . وانما يقدرها عن كل وحدة زمنية (كيوم أو أسبوع أو شهر) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه • وهـــذا هو أساس التهديد فى هذا النظام [2] • فالحكم بمبلغ ثابت . ولو كان كبيرا ؛ قد يضعف — مع الزمن — تأثيره فى تهديد المدين ؛ فيما يظل — على العكس — تزايد المبلغ الصغير تدريجيا مع الزمن عاملا هاما فى الضغط والتهـــديد •

٢ — التقـــدير التحكمى :

ان الوظيفة التهديدية لنظام الغرامة تقتضى أن يزيد تقديرها عن مقدار الضرر الذى يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ • هذه الزيادة يستقل القاضى بتقديرها مراعيا فى ذلك قدرة المدين على المقاومة [3] •

---

(١) فى هذا المعنى . نقض فرنسى (تجارى) ١٩٥٦/٤/١٧ ســـابق الاشـارة .

(٢) ولا يرى بعض الشراح فى التقدير الزمنى من جوهر نظام الغـــرامة التهديدية التى لا تتصور بدونه ؛ وانما يمكن أن يحكم القاضى بها كمبلغ كلى (أو اجمالى) • وان كان ذلك قليلا ما يحدث . انظر : ستارك بند ٢٥٢٥ ؛ ومن بين الأحكام القليلة التى طبقت أسلوب الغرامة الاجمالية انظر حكم نقض فرنسى ١٩٣٣/٧/٥ (س ١٩٣٤ — ١ — ٣٣٧) .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٤ ؛ ستارك بند ٢٥١٧ .

الأمر الذى يجعـل من هـذا التقدير أمرا تحكميا • ويزيد من ابراز هـذه الخاصية ما أعطته المـادة ٢/٢١٣ للقاضى من أن يزيد فى الغرامة اذا رأى أن تقديرها ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع على التنفيذ • وفى كل ذلك تختلف الغرامة اختلافا جوهريا عن التعويض الذى لا يجوز أن يقضى به الا عن الضرر المحقق وبقدر هذا الضرر لا يزيد عليه (١) •

غير أن نجاح هـذا النظام يقتضى — فى الواقع — عدم المغالاة فى التقدير والا أصبح البين شاسعا بين المبلغ المتراكم والضرر الذى أصاب الدائن ، وعندئذ فان تصفية الغرامة — حتى مع الأخذ فى الاعتبار لمـا بدا من المدين من عنت — سوف ينحسر عن تخفيض كبير فى قدرها • الأمر الذى يفقد هـذا النظام هيبته وقدرته فى التأثير على المدينين المماطلين (٢) •

٣ — الصفة الوقتية :

ان التقدير الذى يحدده القاضى للغرامة لا يكون نهائيا ، وانمـا هو مجرد تقدير وقتى ، مصيره الى اعادة النظر فيه • وعلى ذلك نص المـادة ٢١٤ مدنى •

ولعل هذه الخاصية بالذات هى أبرز خصائص الغرامة التهديدية . والتى تجعـل الحكم بهـا غير حائز لحجية الأمر المقضى . ولا قابل للتنفيذ (٣) • ويظل للحكم هـذه الصفة الوقتية ما بقى موقف المدين

---

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٢٦ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٢ ؛ د. سمير تناغو بند ٢٩٧ ؛ وانظر ايضا :

KAYSER (p) : **L'astreinte jurdiciarire et la res-ponsabilité civile.** R.T. 1953 pp. 209 — 246

(٢) فى هذا المعنى د. اسماعيل غانم بند ٢٠ .

(٣) فى هذا المعنى : استئناف ديجون ١٩١٠/٤/٢٨ (د. ١٩١٢ — ٢ — ٣٦) ؛ اسـتئناف اكس ١٩٣٧/٢/١٥ (د.ا ١٩٣٧ — ٢١١) ؛ وانظر — مع ذلك — فى جواز التنفيذ المؤقت للغرامة فى حالة الاستعجال : محكمة السـين المدنيـة ١٩٤٧/٤/٢ (ج.ب ١٩٤٧ — ١ — ٢٢١) ؛ وفى ١٩٤٨/١١/٣٠ (ج.ب ١٩٤٩ — ١ — ٥٢) ؛ وفى ١٩٥٠/٣/١٤ (ج.ب ١٩٥٠ — ١ — ٢٨٣) . ويؤيد هذا الاتجاه الأخير ضمنا : جوجلار (دروس مازو) بنـد ٩٥٠ .

معلقـــا (١) .

أما فى فرنسا فقد أصاب نظام الغرامة التهديدية — الذى لاقى من الهجوم أشده فى بداية نشأته — تطور كبير فى الوقت الحاضر (٢) : حتى أن بعض المحاكم (٣) — يؤيدها فى ذلك جانب من الشراح (٤) — لم تجـد مانعـا من الحكم على المدين بغرامة نهائية astreinte définitive . أى بمبلغ اجمالى يحدد بصفة نهائية لا يقبل المراجعة . ويستحق على المدين مستقلا عن الحكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذه لالتزامه أو لتأخره فى هذا التنفيذ . ومثل هذا التطور . الذى لا يزال استثنائيا فى حقيقة الأمر ويلقى معارضة بعض الشراح (٥) . يشوه فى الواقع طبيعة هـذا النظام ويحيد به عن صفة التهديد فيه . ليغدو

---

(١) وقد اتجهت بعض الأحكام فى فرنسا الى التسليم للدائن بالحـق فى ان يطلب تصفية جزئية ومؤقتة للغرامة عن المدة السابقة على الطلب . حتى يمكن ان ينفذ بها على اموال المدين : أنظر : محكمـة تولوز المدنيـة ١٩٤٩/١٠/٢٥ (ر.ت ١٩٥٠ ص ٨٨ وملاحظـة ايبرو) . محكمة السـين المدنيـة ١٩٥٠/١/١٩ (ر.ت ١٩٥٠ ص ٤٠٣ وملاحظة رينو) ; محكمـة شربور المدنية ١٩٥٠/١٢/٤ (س. ١٩٥٣ — ٢ — ٩ وتعليق موريس) . (ر.ت ١٩٥١ ص ٢٥٦ وملاحظـة هنرى وليون مازو) ; محكمـة باريس ١٩٨٤/١/٣١ (د. ١٩٨٤ — ٢٨٣ وتعليق ليندون) .

ويؤيد بعض الشراح هذا الاتجاه ؛ لأن فى تأخير التنفيذ الفعلى للغرامة حتى تصفيتها النهائية ما يضعف من تأثيرها على المدين . انظر مارتى ورينو بنـد ٦٧٨ .

(٢) راجع فى هذا التطور :

RASSAT (M.L) : L'astreinte définitive j'c'p. 1967 — 1 — Doct — 2069.

(٣) انظر . على الأخص . استئناف باريس ١٩٦١/٢/١٦ (ج.ك.ب ١٩٦١ — ٢ — ١٢١٤٦ وتعليـــق بيير مازو) . ر.ت ١٩٦١ ص ٥٠٢ وملاحظة تانك) ؛ واستئناف ريوم ١٩٦٦/٧/٤ (ج.ك.ب ١٩٦٦ — ٤ — ٤٩٧٤) ؛ وانظر ايضا : نقض فرنسى ١٩٥٧/١/٣١ (س. ١٩٥٧—٩٢) ؛ نقض ١٩٥٩/١١/٤ (د. ١٩٥٩ — ٥٣٣) ؛ نقض ١٩٦٤/٦/٣٠ (ج.ك.ب ١٩٦٥ — ٢ — ١٤١٦٢ وتعليق بلاييفويه) .

(٤) انظر : مارتى ورينـو بنـد ٦٦٨ ؛ جوجـلار (دروس مازو) بنـد ٩٤٥ .

(٥) انظر على الأخص :

MEURISSE : L'astreinte non comminatoire. G.P. 1948 — 2 — Doct — 11.

معه أقرب الى العقوبة الخاصة La peine privée الحقيقية . وهو بهذه الصفة الأخيرة لا يمكن الأخذ به فى مصر حيث لا نص يعطى للقاضى هذه السلطة . بل انه يتعارض وما يفهم من المادة ٢١٤ مدنى من وجوب اعادة النظر فى الغرامة بعد أن يتحدد موقف المدين نهائيا .

مآل الغرامة التهديدية (١) :

٣٢ — متى تحدد موقف المدين نهائيا ، بأن قام بتنفيذ التزامه أو أصر نهائيا على عدم التنفيذ . استنفدت الغرامة الغرض منها . وأصبح من المتعين تصفيتها وتقدير المبلغ الواجب للدائن تقديرا نهائيا . هذا المبلغ يشمل أساسا ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بحسبانهما عنصرى التعويض فى الأصل العام .

ولو أن هذا وحده كان هو المآل النهائى للغرامة ، لفقدت كل تأثيرها تقريبا (٢) . طالما أن المدين يعرف منذ البداية أنه مهما كان مبلغ الغرامة المحكوم عليه به . فان ما سيدفعه فى النهاية هو ما يعادل تماما ما أصاب الدائن من ضرر (٣) . وقد اتجهت بالفعل محكمة النقض الفرنسية — التى كان لها فضل خلق هذا النظام — هذه الوجهة لبعض الوقت (٤) . لكنها ما لبثت أن عدلت عن هذا الاتجاه .

---

(١) راجع فى تفاصيل تصفية الغرامة ، مقال بوريه (١٩٦٦) سابق الاشارة .

(٢،٣) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٥١ ؛ فريجافيل مقال داللوز سابق الاشارة ص ١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٥ ؛ مارتى ورينو بند ٦٧٩ (وان كانا يقولان ، ان اخذ خطأ المدين فى الاعتبار عند تصفية الغرامة ، ان كان يزيد من فاعليتها حقيقة ، الا انه يشكك فى شرعيتها) .

وراجع ، على العكس ، فى وجوب تصفية الغرامة بقدر الضرر تماما : جوسران بند ٥٩٧ ؛ بوريه المقال السابق ؛ وعلى الأخص ص ١٦١ عمود ٢ ، ص ١٦٢ عمود ١ .

(٤) متأثرة بقانون صدر فى ٢١ يوليه ١٩٤٩ كان يوجب تصفية الغرامة على هذا النحو فى مجال محدد (وهو مجال الاحكام بطرد المستأجرين فى خصوص ايجار الأماكن) . أنظر : نقض فرنسى ١٩٥٠/١١/٣٠ (جـ.ك.ب ١٩٥١ — ٢ — ٦٠٨٩ وتعليق فريجافيل) ؛ نقض ١٩٥٣/٢/٢٧ (س . ١٩٥٣ — ١ — ١٩٦) .

وتركت لقضـــاة الموضوع سلطتهم التقديرية فى تصفية الغرامة غير متقيدين بقدر الضرر الذى أصاب الدائن [١] .

أما المشرع المصرى فكان منطقيا منذ البداية . حـــين حرص فى المـــادة ٢١٤ مدنى على ضرورة أن يراعى القاضى ، عند تصفيته للغرامة وتحديد المبلغ الذى يستحق نهائيا للدائن الضرر الذى أصاب هـــذا الأخير وكذلك « العنت الذى بدا من المدين » [٢] [٣] . لتلعب الغرامة بهذا الشكل دورا جزائيا الى جانب ما تكفله من تعويض للضرر [٤] .

---

(١) أنظر نقض ١٩٥٩/١٠/٢٠ (د. ١٩٥٩—٥٣٧ وتعليق هوليو) ؛ نقض ١٩٦٠/١/٢٠ (ج.ك.ب ١٩٦٠ — ١١٤٨٣) .

(٢) ويبقى فارق بين النص المصرى . وما انتهت اليه محكمة النقض من العدول سابق الاشارة ، فى أنها تترك لقضاة الموضوع سلطتهم التقديرية فى كيفية تصفية الغرامة ، حين أن النص المصرى يجعل تصفيتها على النحو المشار اليه أمرا الزاميا بالنسبة للقاضى .

(٣) وفى حكم حديث لبـــا : استلزمت محكمـــة باريس الابتدائيـــة (الاستئنافية) أن يؤخذ فى الاعتبار عند تصفية الغرامة « جسامة خطـــأ المدين . وفى تقـــدير هذه الجسامة يجب أن يوضع فى الحسبان سوء نيـــة المدين وما أبداه من تعنت » . فى ١٩٨٤/١/٣١ (د. ١٩٨٤ — ٢٨٣ وتعليق لينـــدون) .

(٤) فى هذا المعنى : د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٧١ ؛ د. جميـــل الشرقاوى بنـــد ١٩ .

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض)

المقصود به ، ونوعا التعويض ، وشروط استحقاقه :

٣٣ ـ التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض . هو البديل عن التنفيذ العينى للالتزام فى الحالات التى لا يمكن فيها الحكم بهذا النوع الأخير من التنفيذ لأى من الأسباب السابق دراستها والتى يمكن اجمالها فيما يلى :

١ ـ اذا استحال التنفيذ العينى للالتزام بخطأ المدين .

٢ ـ اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاقا للمدين ولم يكن فى العدول عنه الى التنفيذ بمقابل ضررا جسيما يلحق بالدائن .

٣ ـ اذا كان التنفيذ العينى غير ممكن أو غير ملائم الا اذا تم من جانب المدين شخصيا ، واستنفذ الدائن طريق الغرامة التهديدية لاكراهه على التنفيذ دون جدوى .

٤ ـ اذا لم يطلب الدائن التنفيذ العينى ـ على امكانه ـ ولم يعرضه عليه المدين .

٣٤ ـ ونكرر بأن التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل وما التنفيذ بمقابل ـ كما يدل على ذلك تسميته ، الا بديلا عنه . ويكون عادة مبلغا من النقود يقنع به الدائن عوضا عن التنفيذ العينى .

٣٥ ـ والتعويض نوعان : تعويض عن عدم التنفيذ ، وهو يحل محل التنفيذ العينى ومن ثم لا يجتمع معه [1] . وتعويض عن التأخر

---

(١) فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٦٧/١٢/١٤ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٨٥ ص ١٨٧٨ .

فى التنفيذ يجتمع مع التنفيذ العينى . ويقصد به تعويض الدائن عن الضرر الذى أصابه نتيجة تأخر المدين فى التنفيذ . اذ قد يلحق هذا التأخير بالدائن ضررا نهائيا لا يرفعه التنفيذ العينى الذى يعقبه . بل ويجتمع التعويض عن التأخير مع التعويض عن عدم التنفيذ أيضا[1] .

٣٦ — وشروط استحقاق التعويض هى فى الواقع شروط قيام المسئولية المدنية . وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية . وليس هنا محل دراسة هذه العناصر . غير أن هناك شرطا اضافيا وهو ضرورة وضع المدين موضع المقصر فى تنفيذ التزامه وذلك باعذاره .

تقسيم :

نوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين . نعرض فى أولهما لشرط الاعذار . لنخصص الثانى لكيفية تقدير التعويض .

المبحث الأول

الاعذار

La mise en demeure

معناه :

٣٧ — الاعذار هو تسجيل التأخير على المدين . أو بعبارة أخرى هو وضع المدين موضع المقصر فى تنفيذ التزامه وذلك بتسجيل التأخير عليه . لأن حلول أجل الالتزام فى ذاته وعدم مسارعة المدين الى تنفيذه لا يعد كافيا لاعتباره مقصرا من الوجهة القانونية وذلك لمظنة التسامح معه من جانب الدائن . فالتأخير الذى يعتد به المشرع ليس هو التأخير الفعلى ، وانما التأخير القانونى . وهو الحالة القانونية التى يوجد فيها المدين غير منفذ لالتزامه من لحظة اعذاره .

---

(١) فى هذا المعنى نقض ١٦/٤/١٩٧٩ المجموعة ٣٠ — ٢٠٧ — ١١٨ وقد جاء فيه أن طلب التعويض عن اخلال المتعاقد بالتزامه لا يمنع من طلب الفوائد القانونية عن هذا التعويض للتأخر فى الوفاء به ، وذلك لاختلاف أساس كل منهما .

كيف يتم الاعـــذار :

٣٨ — ويتم اعذار المدين وفقا للمادة ٢١٩ مدنى اما بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار . والانذار هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعلنها الدائن لمدينه ، ويدعوه فيها الى تنفيذ التزامه . الأمر الذى تنتفى معه بعد ذلك مظنة التسامح فى التأخير .

أما ما يقوم مقام الانذار فيقصد به الأوراق الرسمية التى تنطوى على معنى الاعذار . كصـــحيفة الدعوى ولو رفعت الى محكمـــة غير مختصة ، والتنبيه بالوفاء السابق على اجراء الحجز .

وفيما عدا الانـــذار وما يقـــوم مقامه من أوراق رســـمية لا تكفى الأوراق الأخرى غير الرسمية حتى ولو كانت خطابا مســـجلا مصحوبا بعلم الوصول .

٣٩ — غير أنه لمـا كان من الجائز أن يصير الاتفاق بين الدائن والمدين على اعفاء الأول من واجب الاعذار كلية ؛ فمن باب أولى يجوز الاتفاق على تخفيف وسيلة الاعذار . كأن يكتفى مثلا بورقة عرفيـــة كخطاب مسجل . كما يلاحظ من ناحية أخرى أن اشتراط القانون الورقة الرسمية فى الاعذار انما ينصرف الى المسائل المدنيـــة . أما المسائل التجارية فتكفى فيها الورقة غير الرسمية بل ومجرد الاخطار الشفوى اذا جرى العرف على ذلك .

الحالات التى لا ضرورة فيها للاعذار :

غير أن المبرر من الاعذار يقتضى القول بعدم ضرورة هذا الاجراء فى الحالات الآتيـــة :

١ — الاستغناء عن الاعذار اتفاقا :

٤٠ — فلما كان الاعذار نظاما مقررا لمصلحة المدين ؛ أو بعبارة خرى لا يتعلق استلزامه بالنظام العام ؛ جاز للدائن أن يتفق مع مدينه

على اعفائه منه . ليصبح المدين معذرا ، فى هــذه الحالة . بقوة القانون فور حلول أجل الالتزام • وفى هــذا المعنى تقضى المــادة ٢١٩ مدنى بأن الاعذار « يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى اجراء آخر » • ومثل هــذا الاتفاق يمكن أيضــا أن يكون ضمنيا يستخلصه القــاضى من ظروف التعاقد [١] • على أنه يجب أن تكون دلالة الظروف واضحة فى معنى اتجاه ارادة المتعاقدين الى الاعفاء من هــذا الاجراء ، أو بعبارة أخرى واضــحة فى معنى تنازل المدين عن حقه فيه [٢] • ومن ثم فان هــذا الاعفاء الضمنى لا يجوز أن يستخلص مثلا من مجرد تضمين العقــد شرطا جزائيا [٣] ، أو شرطا بوجوب الوفاء بالدين فى موطن الدائن[٤]. لكننا نعتقد ــ وخلافا لمــا يراه البعض [٥] ــ أن الاتفاق ، فى العقد ، على أنه اذا لم يسدد المدين أحــد الأقساط تحل باقى الأقساط المؤجلة ، يمكن أن يستخلص منه معنى الاتفاق الضمنى على الاعفاء من الاعذار فى خصوص الأقساط التى تحل على أثر عدم السداد ، والا فان هــذا الحلول المشترط لن يكون له من معنى ، والقاعدة فى التفسير أن اعمال الكلام خير من اهماله • هــذا الى أن جوهر الاعذار هو التنبيه على المدين برغبة الدائن فى الوفاء وبعدم تسامحه معه فى التأخير ، ولن

---

(١) ومثاله ، من تطبيقات القضــاء الفرنسى ، الشرط الذى يرد فى عقود التوريد بوجوب تمــام التسليم فورا (livrable de suite) انظــر : نقض (عرائض) ١٩٣٣/٣/٧ (د.ا ١٩٣٢ ــ ٢١٨) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٣/٦/٢١ (د.ا ١٩٣٣ ــ ٤١٢) . وانظر فى تأكيــد معنى امكان أن يستخلص الاعفــاء من الاعذار ضــمنا : كولان وكابيتــان ودى لاموراندير بند ٩٩ ؛ وعكس ذلك وأن الاعفــاء لابد أن يكون صريحا جوسران بند ٦١٩ ص ٣٤٠ .

(٢) فى هذا المعنى : د. جميل الشرقاوى بند ١٨ .

(٣) فى هذا المعنى : د. الصدة بند ١٢ ؛ د. عبد المنعم البدراوى : النظرية العامة للالتزامات بند ٢٩ .

(٤) فى هذا المعنى : د. البدراوى بند ٢٩ ؛ وعكس ذلك :
CARBONNIER : Droit Civil T. 4 (Les obligations) 1969 No. 76 p. 252.

(٥) د. البدراوى : الموضع سابق الاشارة .

يكون هناك من معنى فى الحقيقة لأن يعيد الدائن تأكيد هـذه الرغبة بعد أن أفصح عنها مسبقا فى العقد نفسه .

بل لعلنا لا نبالغ اذا قلنا أن الأمر هنا يكاد يقترب من أن يكون اتفاقا صريحا على الاعفـاء من الاعذار . وان كان اتفاقا معلقا على شرط .

٢ — لامبرر الاعذار حين يصبح تنفيـذ الالتزام غير ممكن أو غير مجـد بفعل المدين (١) :

٤١ — فلمـا كان قوام الاعذار دعوة المدين الى التنفيذ ونفى مظنة التسامح معـه فى التأخير ، فانه يفترض بالضرورة امكان هـذا التنفيذ . فاذا كان هذا الأخير — على العكس — قد أصبح مستحيلا فاما أن تكون هـذه الاستحالة بفعل المدين ، وعندئذ يعد مسئولا عن نتائج عدم التنفيذ دون مبرر للاعذار ، بل ودون أن يستحق — فيمـا نرى — ضمانة الاعذار ؛ أو تكون راجعة الى سبب أجنبى . وهنا يعفى المدين من التزامه كلية .

كذلك — ولنفس العلة — لا ضرورة للاعـذار ، اذا كان تنفيذ الالتزام ولو أنه ما زال ممكنا الا أنه قـد أصبح غير مجد بفعل المدين . وذلك — على سبيل المثال — كما لو كان التنفيذ واجبا فى فترة معينة بالذات وتركها المدين تمـر دون تنفيذ (٢،٣) .

---

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٧٢/٦/١ المجموعة ، السنة ٢٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٢ .

(٢) وفى القـانون الفرنسى أيضـا . نقضى المـادة ١١٤٥ مدنى بانه « اذا كان الالتزام بامتناع عن عمل ، فان المخـالف يجب عليه التعويض بمجرد وقوع المخالفة » . راجع ، من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : نقض ١٩٦٩/٥/٢٢ (ج.ك.ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٦١٤١) ؛ نقض (تجارى) ١٩٧٠/١١/١٠ (ج.ك.ب ١٩٧٠ — ٤ — ٣١٤) ؛ نقض ١٩٦٨/١٠/٢٥ (ج.ك.ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٦٠٦٢ وتعليق بريور) . وراجع فى تأييد بعض الشراح لهـذا الاستثناء حيث لا تكون هناك من فائدة من الاعذار فى هـذه الحالة : ستارك بند ٢٠٤٠ .

=

٣ — اظهار النية — صراحة — فى عدم التنفيذ :

٤٢ — كذلك يفقد الاعذار مبرره اذا صرح المدين بأنه لا يريد القيام بتنفيذ التزامه (م ٢٢٠) [1] . فلا جدوى فى هـذه الحالة من دعوته للتنفيذ . ولا يمكن أيضا — وقـد سلك سبيل الرفض البات — أن يحمل سكوت الدائن على محمل التسامح معه .

وقـد اشترط القانون أن يكون هـذا التصريح كتابة . ويؤيد ذلك بعض الشراح [2] تأسيسا على أن الكتابة هى التى تؤكد جـدية المدين فيما صدر عنه من تصريح [3] ، لأن التصريح الشفهى « قد يكون تسرعا من المدين لم يتدبره ، أو تهديدا للدائن لم يقصـده » [4] . فيما يرى البعض الآخر أن الكتابة هنا مستلزمة لمجرد الاثبات [5] . بما يعنى أنه يمكن أن يحل محلهـا فيه ، اقرار المدين بتصريحه هـذا أو نكوله عن حلف اليمين بصدور هـذا التصريح منه . وان كان أنصار الاتجاه الأخير يشترطون فى نفس الوقت ، أن يتضمن الاقرار معنى أن المدين كان جادا فيما صدر عنه من تصريح ، وأن تكون صيغة اليمين

= كذلك ، اذا كانت المـادة ١١٤٦ من هـذا القانون تجعل الاصـل هو عدم استحقاق التعويض الا باعذار المدين ، الا أنها تستثنى من ذلك فرض ما اذا كان هذا الأخير ملتزما باعطاء شىء أو بالقيام بعمل ، لا يمكن أن يعطى أو يعمل الا فى وقت معين ، اذا ترك المدين هذا الوقت يمضى . ويؤيد الفقه هذا الاستثناء أيضا : أنظر ستارك بند ٢٠٤ .

(٣) ويرى بعض الشراح أيضـا أن الاعذار غير متصور فى مجـال الالتزامات المستمرة . انظر : مارتى ورينو بنـد ٦٥٧ .

(١) ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصا مماثلا ، الا ان الفقه الفرنسى يرى عدم ضرورة الاعذار اذا صرح المدين بشـكل قاطع أنه ليست لديه نيـة تنفيذ التزامه . أنظر ستارك بنـد ٢٠٤ .

(٢) أنظر : د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ٤٧ ؛ د. الصدة بند ١٢ ؛ د. محمود جمال الدين زكى بنـد ٣٦٩ ؛ د. عبد الودود يحيى بنـد ٢٣ ؛ د. اسماعيل غانم بنـد ٤٤ .

(٣) ويضيف البعض أنه اذا ما فرض وبقى شك مع صراحة النص فى لزوم التصريح الكتابى ، فان الشك يجب أن يفسر لمصلحة المدين . انظـر د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ٤٧ .

(٤) د. محمود جمال الدين زكى بنـد ٣٦٩ .

(٥) انظـر : د. السنهورى بنـد ٤٦٦ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٦١ بنـد ٥٩٤ ؛ د. عبد المنعم البدراوى بند ٣٢ .

التى توجه اليه — حتى يعتبر نكوله عن حلفها دليلا على صدور التصريح منه — واضحة فى معنى هذه الجدية أيضا [١] .

٤ — لا حاجة للاعذار فى الالتزامات غير التعاقدية :

٤٣ — لا يتصور الاعذار فى هذا النوع من الالتزامات ما دام قوامه دعوة المدين الى التنفيذ ، الأمر الذى لا يتصور الا فى الالتزامات التعاقدية . أما الالتزامات غير التعاقدية ، فانها تنشأ ويسأل عنها المدين بمجرد نشوئها . وبناء على ذلك صرحت المادة ٢٢٠ بعدم ضرورة الاعذار « اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع . أو رد شىء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك » . ولما كان المدين فى الحالتين . ما بين مرتكب لفعل غير مشروع ، أو مثر على حساب الغير بسوء نيه . كان من غير المفهوم أو المبرر أن يحاط بضمانة الاعذار .

النتائج التى تترتب على الاعذار :

٤٤ — يترتب على الاعذار نتيجتان هامتان :

١ — استحقاق الدائن تعويضا عن الأضرار التى تلحقه من تأخر المدين فى التنفيذ بعد اعذاره . وذلك فيما عدا حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث لا يستحق التعويض عن التأخير . ويسمى الفوائد ، الا منذ المطالبة القضائية بها .

٢ — نقل تبعة الهلاك الى عاتق المدين ولو كانت قبل الاعذار على عاتق الدائن . وأساس ذلك أن المدين — بعد اعذاره — يعتبر مقصرا الأمر الذى يستوجب القاء تبعة الهلاك عليه .

ففى الوديعة — على سبيل المثال — اذا هلك الشىء المودع ، بفعل قوة قاهرة تحت يد المودع لديه ، فانه يهلك على الدائن بالتسليم وهو

---

(١) انظر د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٥٠ .

المودع • فاذا كان قد سبق وأعذر المدين بالتسليم (وهو المودع لديه) مطالبا اياه بتسليم الشيء الذى هلك بعد ذلك تحت يده • انتقلت تبعة الهلاك الى عاتق هذا المدين • اللهم الا اذا استطاع أن يثبت أن الشيء كان هالكا لا محالة تحت يد الدائن لو أنه سلمه اليه • ومع ذلك تظل تبعة الهلاك على عاتق المدين حتى فى هذه الحالة الأخيرة اذا كان قد اتفق مع الدائن على تحمل تبعة الحوادث المفاجئة (م ٢٠٧) •

الاعذار والتعويض عن عدم التنفيذ :

٤٥ — يثور التساؤل عن مدى ضرورة الاعذار للتعويض عن عدم التنفيذ • فيذهب رأى الى ضرورته حتى فى هذه الحالة [١] • وذلك على أساس من صراحة وعمومية نص المادة ٢١٨ حين قضت بأنه « لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين » • والتعويل على عمومية النص يصلح — فيما نعتقد — سندا لمثل هذا الرأى • لأن مدلول هذه العمومية أن المشرع يقصر حق الدائن فى التعويض على الأضرار التى تلى الاعذار دون ما عداها • غير أن العلة من الاعذار — وهى نفى مظنة التسامح من الدائن فى تأخر المدين فقط عن تنفيذ التزامه : لا يمكن أن تستجيب والامتناع النهائى عن التنفيذ الأمر الذى يحيق بالدائن ضررا نهائيا لا يتصور تسامحه فيه • ولذلك فنحن نفضل رأيا آخر : لا يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ سبق اعذار

---

(١) من هذا الراى د. احمد حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام ١٩٤٥ بند ٥٧٣ ؛ د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ٤٥ ؛ د. الصدة بند ١٣ ، د. البدراوى بند ٢٧ ؛ د. جمال زكى بند ٣٦٦ ، ٣٧٠ ؛ د. جميلا الشرقاوى بند ١٨ ؛ د. سمير تناغو بند ٣٠٠ ، وفى الفقه الفرنسى : جوسران بند ٦٢١ ؛

DAVID (F) : De la mise en demeure R. crit. 1939 spec. No. 9 - 12 ; ALLIX (D) : Reflexions sur la mise en demeure j.c.p. 1977 - 1 - doct - 2844 No 32.

المدين (١-٢) : فى معنى أن الدائن سوف يستحق تعويضا شاملا عن كافة الأضرار الناتجة من عدم التنفيذ ولو لم يكن قد سبق له أن أعذر مدينه •

ولا يسوغ لهذا الأخير أن يزعم بأنه لو كان قد أعذر من قبل الدائن برغبته فى التنفيذ لكان قد نفذ . فالواقع العملى أنه لم ينفذ حتى بالرغم من رفع الدعوى عليه •

المبحث الثانى

كيفية تقدير التعويض

حصر ، وتقسيم :

٤٦ — يتولى القاضى عادة تقدير التعويض . الذى يسمى عندئذ

---

(١) من هذا الرأى : د. انور سلطان بند ٣٥ ؛ وبند ٦٥ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٤٥ ؛ ومن الفقه الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٩٩ مكرر ؛ ديموج وجوديميه ص ٣٨٤ ؛ مارتى ورينو بند ٦٥٥ (وقارن مع ذلك بند ٦٥٥ مكرر) ؛

WEILL (A) : Dommage - intérêts compensationres et mise en demeure R. crit. 1939 p. 203 et c ; HUBERT note S 1926 - 1 - 17.

(٢) ويفرق كاربونييه (بند ٧٦ ص ٢٥٣ • ٢٥٤) بين ما اذا كان المدين غير مخطىء فى عدم تنفيذه لالتزامه ، لأنه كان يجهل وجود التزام عليه واجب التنفيذ (كالمؤجر الذى لا يقوم باجراء الترميمات الضرورية للعين المؤجرة لأن المستأجر لم يخطره بما ظهر بها من عيوب) ، وبين الفرض العكسى حيث لا يكون للاعذار فيه من فائدة .

كذلك فرق الدكتور السنهورى بين فرض ما اذا كان التنفيذ العينى — عندما يطالب الدائن مدينه بالتعويض عن عدم التنفيذ — لا يزال ممكنا او انه اصبح غير ممكن . واستلزم الاعذار لاستحقاق التعويض فى الفرض الأول فقط (بند ٤٦٨) . وفى الحقيقة فان الفرض الأول يخرج من اطار المناقشة اصلا ؛ لأن المشكلة هنا تفترض ان المدين لم يبد استعداده لتنفيذ التزامه بعد رفع الدائن دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ؛ وفى هذه الحالة فان التنفيذ العينى يصبح فى حكم غير الممكن . وبتعبير اوضح نقول : ان الدائن اذا رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ دون سابق اعذار للمدين ؛ فأحد أمرين : اما أن يعرض المدين فى الجلسة تنفيذ التزامه . فلا يستحق الدائن عندئذ ثمة تعويض ولا عن تأخر المدين الفعلى فى تنفيذه لالتزامه حيث لا يحسب عليه هذا تأخرا قانونيا ؛ كما قلنا ؛ الا منذ الاعذار : ولا اعذار ؛ أو لا يعرض هذا التنفيذ ؛ وعندئذ لا يسوغ له الزعم بانه لو كان قد اعذر لكان قد أوفى بالتزامه ؛ فالواقع المؤكد انه لم يف .

بالتعويض القضائى . الا اذا اتفق الطرفان مقدما على تقديره . حين يسمى فى هـذه الحالة بالتعويض الاتفاقى (أو الشرط الجزائى) • وقـد يقدره القانون مباشرة ليكون تعويضا قانونيا وهـو ما يسمى بالفوائد • ونخصص لكل من هـذه الطرق الثلاثة مطلبا مستقلا :

المطلب الأول

التعـويض القضـائى

نوعاه :

٤٧ — اذا توافرت شرائط استحقاق التعويض — بتوافر أركان المسئولية من خطـأ وضرر وعلاقة سببية — فان القاضى . من حيث الأصل . هو الذى يتولى تقدير هـذا التعويض •

وقـد رسمت طريقة هـذا التقدير : المـادة ١٧١ مدنى . حين قضت بأن :

١ — يعين القـاضى طريقـة التعـويض تبعـا للظـروف •

٢ — ويقدر التعويض بالنقد : على أنه يجوز للقاضى . تبعـا للظروف وبناء على طلب المضرور . أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه . أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » ويقال — تبعا لذلك . واستخلاصا من الفقـرة الثانية من هـذا النص بصفة خاصة — أن التعويض القضائى نوعان . فهو اما تعويض نقدى أو تعويض عينى :

(أ) التعويض النقـدى :

٤٨ — وهو مبلغ من النقود : يتولى القاضى تقديره للمضرور . بشرط أن يكون جابرا للضرر كله •

وهـذا النوع من التعويض يعتبر الأصل فى اطـار المسئولية

التقصيرية [١] . ما دام أن النص السابق قد علق النوع الثانى من التعويض (وهو التعويض العينى) على شرط طلبه من جانب المضرور . حين يجوز للقاضى — فى هذه الحالة الأخيرة أن يقبل هذا الطلب اذا وجد التعويض العينى هو الأنسب ؛ أو يرفضه ويحكم بالتعويض النقدى • بينما أنه اذا بدأ المضرور بطلب التعويض النقدى . فلا يجوز للقاضى أن يستبدل به التعويض العينى ولو طلب المدين ذلك •

أما فى اطار المسئولية العقدية فان اعمال المادة ٢٠٣ يجعل من التنفيذ العينى هو الأصل متى كان ممكنا ؛ بحيث لا ينزع القاضى الى التنفيذ بمقابل (أى بطريق التعويض) الا اذا استحال التنفيذ العينى بخطأ المدين أو كان فى هذا التنفيذ ارهاقا له ولم يكن فى العدول عنه الى التنفيذ بمقابل ضررا جسيما يلحق بالدائن ؛ (على ما سبق بيانه عند دراستنا للتنفيذ العينى) وفى هذه الحالة يمكن أن يقضى على المدين بتعويض نقدى •

٤٩ — واذا تعين الحكم بالتعويض النقدى . فقد يقدره القاضى بمبلغ محدد : اما واجب الدفع فورا — وهذا هو الغالب — أو على أقساط • وقد يكون هذا التعويض فى صورة ايراد مرتب • « ويجوز فى هاتين الحالتين — الأخيرتين — الزام المدين بأن يقدم تأمينا » لضمان حق المضرور — م ١٧١ مدنى •

(ب) التعويض العينى :

٥٠ — غير أن المضرور — فى المسئولية التقصيرية — قد يرى الترضية الكافية لما أصابه من ضرر . فى وسيلة غير نقدية ؛ فيجوز

---

(١) راجع فى معنى ان الأصل فى التعويض هو التعويض النقدى د. عبد الودود يحيى بند ٢٥ ؛ د. مصطفى الجمال بند ٢٦٨ ؛ بل انظر فى قول البعض ان التعويض يحدد « دائما » بالنقود د. الصدة بند ٢٥ ؛ وانظر عكس ذلك : وأن للمضرور الحق فى التعويض العينى « كلما كان ذلك ممكنا » د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٠ ؛ ويشير هنا الى حكم نقض مصرى فى ١٩٤٨/١٢/١٦ الذى قضى بأن « التعويض العينى عن الفعل الضار هو الاصل ؛ ولا يسار الى عوضه ، اى الى التعويض النقدى الا اذا استحال التعويض عينا » •

للقاضى أن يجيبه اليها ٠ كما اذا اعتدى عليه بالسب أو القذف . فطلب الزام المعتدى بنشر الاعتذار عما بدر منه أو تكذيبه فى الصحف ٠

والنص السابق يفترض التعويض العينى فى اطار المسئولية التقصيرية وذلك من موضع وروده فى الفصل الخاص بالعمل غير المشروع ، كما أن بعض عبارات الفقرة الثانية منه ؛ صريحة فى هذا المعنى ٠

٥١ — وتدعونا هذه الملاحظة الى تساؤل عن مدى ما يمكن أن يكون للتعويض العينى من فرص التطبيق فى اطار المسئولية العقدية٠

والظاهر ، فى هذا الشأن ، أن الفقه المصرى لا يفرق — فى امكان الحكم بالتعويض العينى — بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية [1] ٠ ورغم أن نص المادة ٢/١٧١ (الذى يجعل للقاضى أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه) قد ورد فى اطار المسئولية عن العمل غير المشروع ؛ الا أنه يرى تطبيق حكمه بطريق القياس على المسئولية العقدية أيضا [2] ٠ وفىسبيل التدليل على امكان هذه التسوية ، ومن ثم امكان الحكم بالتعويض العينى فى اطار المسئولية العقدية ، يمثل عادة بفرض ما اذا كان محل الالتزام تسليم شىء هلك بخطأ المدين ، حين يمكن للدائن ، فى نظر الفقه ، أن يطلب بدلا من التعويض النقدى تسليمه شيئا مماثلا [3] ٠ أو يكون المدين قد تعهد بعدم البناء ، وخالف هذا التعهد ، حين يمكن أن يطلب الدائن ازالة البناء المخالف كتعويض عينى ٠ وقدقضت محكمة النقض فى هذا الاتجاه ، فى أحد أحكامها ، حين قالت بأن التعويض قد يكون عينيا « بازالة المخالفة التى وقعت اخلالا بالالتزام » [4] ٠

---

(١) انظر ، فى هذا المعنى تقريبا : د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٠ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٢٥ ٠

(٢) فى هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ٤٦ ٠

(٣) انظر د. عبد الودود يحيى بند ٢٥ ٠

(٤) نقض ١٩٧٧/٥/١٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٩ ص ١١٥٨ ٠

ونعتقد من جانبنا أن فرص الحكم بالتعويض العينى ، بمعناه الدقيق ، قليلة [1] فى مجال المسئولية العقدية • وأن الأمثلة التى سبقت للتدليل على التسوية بين نوعى المسئولية فى امكان الحكم بالتعويض العينى يشوبها خلط بين التعويض العينى والتنفيذ العينى : فحين يقضى على المدين بتسليم شىء مماثل للشىء الذى هلك بخطئه بدلا من الحكم عليه بتعويض نقدى ، انما يقضى عليه ، فى الحقيقة بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا [2] ، اذ المبدأ أن المثليات لا تهلك ، ومن ثم يقوم بعضها مقام البعض الآخر فى الوفاء • وحين يقوم المدين بازالة البناء المخالف اعمالا للحكم بالازالة ، فانه بذلك لا يعوض الدائن تعويضا عينيا وانما هو فى الحقيقة ينفذ التزامه بالامتناع عن البناء ، عينا ، بالنسبة للمستقبل [3] • والدليل على ذلك أن بامكان الدائن أن يطلب — الى جانب هذه الازالة — الحكم له بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء اقامة البناء المخالف وازالته بعد اقامته ، ولو كان فى الحكم بالازالة تعويضا لما جاز له أن يجمع بين التعويضين •

طبيعة الحكم به (الحكم بالتعويض كاشف عن الحق فيه) :

٥٢ — ولما كان قوام المسئولية المدنية هو جبر الضرر الذى أحدثه خطأ المسئول ، فان الحق فى التعويض عن هذا الضرر انما ينشأ لطالبه من وقت تحقق الضرر (أو من تاريخ الاعذار فى الحالات التى يكون فيها واجبا) ، ليغدو الحكم به مجرد مقرر أو كاشف عن الحق فيه وليس منشئا له • ويمكن التدليل على ذلك بما هو مسلم به من

---

(١) وفى هذا المعنى يقول كاربونييه ان الأصل فى تعويض الدائن بالالتزام غير المنفذ ، ان يقضى له بمبلغ نقدى ، « ولا يستطيع القاضى » ان يحكم على المدين بتعويض عينى . بند ٧٦ ص ٢٥٤ .

(٢) بل يرى البعض أن الحكم على المدين بتسلم شىء مماثل غير جائز . ولابد أن يكون تعويض الدائن هنا تعويضا نقديا . كاربونييه ، الموضع سابق الاشارة .

(٣) ويقترب من هذا المعنى حكم النقض المصرى الصادر فى ١٩٧٥/١/١١ حين قضى بأن « طلب العامل اعادته الى عمله ، لأن فصله كان بغير مبرر ، أنما هو طلب تعويض بطريق التنفيذ العينى » . المجموعة السنة ٢٦ رقم ٣٧ ص ١٥٠ .

امكان قيام المسئول بدفع التعويض للمضرور قبل صدور الحكم القضائى به ، فيعتبر ذلك من جانبه وفاء لالتزام قائم فى ذمته •

٥٣ — ولا يصح الاعتقاد بأن أمر ما اذا كان الحكم بالتعويض يعتبر كاشفا أو منشئا للحق فيه هو مجرد خلاف لفظى . وانما — على العكس يترتب على الأخذ بهذا الرأى أو ذاك نتائج هامة . تظهر — بصفة خاصة — من حيث مدى امكان التصرف فى الحق فى التعويض من جانب المضرور ؛ ومن حيث مدى امكان الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين (المسئول) ؛ ومن حيث الوقت الذى يبدأ فيه سريان تقادم دعوى المسئولية •

فلأن الحق فى التعويض ينشأ من وقت الضرر بحيث يكون الحكم به مجرد كاشف عن الحق فيه ؛ فان للمضرور أن يتصرف فى هذا الحق منذ هذا الوقت ؛ فيحوله مثلا الى شخص آخر لينتقل الى المحال اليه بذات الأوصاف (حقا مستحق الأداء وان كان غير معين المقدار) (١) • كما يكون للمضرور — كذلك — وبحسبان حقه فى التعويض مستحق الأداء : أن يطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين بالتعويض (المسئول) ولو كان هذا التصرف سابقا على صدور الحكم بالتعويض • كما يبدأ — بالتالى — سريان تقادم دعوى المسئولية من وقت وقوع الضرر ما دام أن المضرور يعلم به وبشخص المسئول عنه (والا فانه لا يسرى الا من وقت هذا العلم) •

الضوابط التى تحكم سلطة القاضى فى تقدير التعويض :

وتحكم سلطة القاضى فى تقدير التعويض مجموعة من القواعد تتلخص فى :

---

(١) اللهم الا اذا كان هذا التعويض مستحقا عن ضرر أدبى ؛ حيث لا تجيز المادة ٢٢١ مدنى ان ينتقل هذا الحق الى الغير الا اذا كان قد تحدد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسئول ، او كان الدائن (المضرور) قد طالب به أمام القضاء . ولعل امكان انتقال الحق فى التعويض عن هذا النوع من الضرر فى الفرض الأخير ما يؤكد ان هذا الحق ينشأ للمضرور من يوم حدوث الضرر وليس من يوم صدور الحكم ، ما دام أنه يكفى — بصريح النص — مجرد المطالبة القضائية به ، حتى يمكن ان ينتقل بعد ذلك للغير ولو قبل صدور الحكم .

١ — التعويض يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت (١) :

٥٤ — ذلك أنه لما كان من الضرورى أن يكون التعويض جابرا لكل الضرر كان من الواجب — بالتالى — أن يشمل « ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب » م ٢٢١ وهما عنصرا كل تعويض •

وبيان ذلك أن الضرر المادى . بحسبانه اصابة لذمة المدين المالية قد يؤثر فى هذه الذمة بشكل مباشر حين ينقص من مال الدائن ليسمى فى الاصلاح بالخسارة اللاحقة ، كأن يخل المستعير بالتزامه بالمحافظة على الشىء المعار فتتلف بعض أجزائه مما يكبد المعير نفقات اصلاحه • وقد يؤثر فيها بشكل غير مباشر حين يفوت على الدائن كسبا كان سيجنيه ليسمى فى الاصلاح بالكسب الفائت ومثاله أن يخل الناقل بالتزامه بتسليم البضاعة الى المرسل اليه فى الوقت المحدد ، فيفوت عليه فرصة بيعها بسعر مرتفع • فاذا كان خطأ المدين قد أصاب الذمة المالية للدائن بشكل مباشر وغير مباشر معا ، بأن ألحق به خسارة فى الوقت الذى فوت عليه كسبا ، واستطاع الدائن أن يثبت ذلك ، وجب على القاضى أن يقرر التعويض بحيث يجبر كلا من وجهى الضرر • ومثال ذلك أن يؤدى الفعل الضار الى اصابة فنان أثناء ذهابه لاحياء حفل كان قد تعهد باحيائه مقابل أجر • عندئذ يتعين أن يشمل التعويض (فضلا عن الألم المعنوى الذى يقاسيه المضرور من جراء الاصابة . جميع المصروفات التى يتكبدها لعلاج اصابته باعتبار هذه المصروفات خسارة لحقت به ، والأجر الذى كان سيتقاضاه من احياء الحفل بحسبانه كسبا ضاع عليه •

٥٥ — وقد أكدت محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها . أن تعيين عناصر الضرر المطالب بالتعويض عنه ، انما هو من مسائل

---

(١) انظر فى هذا المعنى من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٢ ص ١٠٢٥ ؛ نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة ٢٦ — ١٦٧ — ٨٥٤ ، نقض ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة ٢٥ — ٢٠٤ — ١٢١٠ .

القانون التي تخضع لرقابتها [١] . وتطبيقا لهذه الرقابة أيدت : بحق . حكم الاستئناف الذي رفض أن يرى في انفاق الأب على ولده [٢] ما يعتبر خسارة تستوجب التعويض ؛ ما دام أن الأب ملتزم بهذا الانفاق قانونا . كما أفصحت : في هذا الحكم . عن فهمها لمدلول تفويت الكسب على المضرور ؛ حين اكتفت في هذا الشأن بفوات ما كان يأمل في الحصول عليه من كسب ، ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة [٣] [٤] .

---

(١) انظر مثلا : نقض ١٩٧٩/٣/٢٧ المجموعة السنة ٣٠ رقم ١٧٥ ص ٩٤١ ؛ ١٩٧٧/٢/٢١ المجموعة ٢٨ — ٩٥ — ٥٠٠ ؛ ١٩٧٥/١٢/٢٣ المجموعة ٢٦ — ٣٠٩ — ١٦٥٣ ؛ ١٩٧٥/٣/١٢ المجموعة ٢٦—١١٥—٥٦٨ ؛ ١٩٧٥/٥/٢٦ المجموعة ٢٦—٢٠٦—١٠٧٨ ؛ ١٩٧٢/٥/١٣ المجموعة ٢٣—١٤٠—٨٩٤ ؛ ١٩٧٠/٣/٣١ المجموعة ٢١—٨٦—٥٣٨ ؛ ١٩٧٠/١٢/٨ المجموعة ٢١ — ١٩٧ — ١٢٠٨ وقارب نقض فرنسي ١٩٨٣/١٢/٦ (د. ١٩٨٣ — أ.ر — ١٢٤) .

وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٢/٥/١٣ انه كان يتعين ضرورة مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجاري . عند تقدير التعويض عن فسخ العقد بلا مبرر . أما القضاء بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصره ، فانه يعتبر من قبيل القصور الذي يشوب الحكم . المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٤٠ ص ٨٩٤ .

انما اذا بين الحكم في اسبابه عناصر الضرر : فانه لا يعيبه بعد ذلك تقدير تعويض اجمالي عن تلك العناصر . في هذا المعنى نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٩٤ ص ١١٨٩ .

(٢) وقد جاء في هذا الحكم ان « الوالد ملتزم بحكم القانون بالانفاق على أولاده في سبيل رعايتهم واحسان تربيتهم ؛ فلا يصح اعتبار ما ينفقه في هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض . ولما كان ما أنفقه الطاعن ... على ولده المجني عليه هو من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانونا . فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه ؛ فان الحكم المطعون فيه اذ التزم في قضائه هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون » . نقض ١٩٧٩/٥/١٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٥١ ص ٣٦١ .

(٣) فقد جاء في هذا الحكم : « من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه اذا كانت الفرصة أمرا محتملا ، فان تفويتها أمر محقق . ولا يمنع القانون من أن يحسب في **الكسب الفائت** ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ، ما دام لهذا الأمل اسباب مقبوله . ولما كان الحكم المطعون فيه قد ذهبت الى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين في رعاية ابنهما لهما في شيخوختهما بأنها احتمال ، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهو أمر احتمالي ؛ وبين تفويت الأمل في هذه الرعاية وهو امر محقق ؛ ولما كان الثابت ... أن الطاعن قد بلغ سن الشيخوخة وانه احيل الى =

٣ — التعويض حماية قانونية تشمل الحق والمصلحة المشروعة :

٥٦ — وغنى عن البيان أن يكون للمضرور الحق فى التعويض حيث يتمثل الضرر المـادى الذى يصيبه . فى الاخلال بحق محدد له . عينيا كان هـذا الحق أو شخصيا أو معنويا .

غير أن له فضلا عن ذلك الحق فى التعويض ولو تمثل هـذا الضرر فى اخلال بمصلحة مالية لا ترقى الى مستوى الحق . شريطة أن تكون هـذه المصلحة مشروعة لا تخالف النظام العام أو الآداب (١) .

فاذا أدى — على سبيل المثال — الفعـل غير المشروع الى قتل أحـد الأشخاص ، كان لأولاده (فضلا عن حقهم فى المطالبة بالتعويض عن الضرر المـادى والمعنوى الذى أصاب مورثهم من جراء الفعـل غير المشروع) . الحق فى التعويض عن الضرر المـادى الذى أصابهم متمثلا فى اهدار ما كان لهم من حق فى النفقة على المقتول . كما يكون للسيدة التى لا تجب لهـا النفقة عليه ، الحق فى التعويض أيضا عن الضرر المـادى الذى أصابها فى مصلحتها المـالية بوفاته ، لمـا كانت

= المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذى كان طالبا فى الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاما ، الأمر الذى يبعث الأمل عند ابويه فى أن يستظلا برعايته ، واذ افتقداه فقد فاتت فرصتهما بضـياع املهما ؛ فان الحكم المطعون فيه اذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القـانون » . وانظر فى نفس المعنى أيضا نقض ١٩٧١/٦/٢٤ المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٣٥ ص ٨٢٨ .

(٤) ومن تطبيقات هذه الرقابة أيضا ، ما قضت به من أن اعتبـار الحكم أن عنصر التعويض عما فات من كسب هو طلب للفوائد ، يعتبر خطأ فى القانون . انظـر نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢١ رقم ٣٠٢ ص ١٠٢٥ (وكان الأمر فى هذه الدعوى يتعلق بحادث سـيارة ، طالبت صاحبتها فيه بتعويض عما أصابها من خسارة بسبب تلفها ، وبمبلغ آخـر شهريا كتعويض معادل لايرادها الذى حرمت منه ؛ حين اعتبر الحكم المطعون فيه — وبشكل خاطىء — عنصر التعويض عما فات الطاعنة من كسب ؛ طلبا للفوائد وقضى فيه على هذا الأساس .

(١) فى هـذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٦٠٦ ، كاربونييه بند ٨٨ ص ٣٠٥ .

تعول فى نفقتها عليه متى كان من الثابت أن المقتول كان يعولها على نحو مستمر وأن الظروف تؤكد أنه كان سيستمر فى هذا الانفاق مستقبلا [(١)] . على أنه يشترط أن تكون العلاقة بينه وبينها علاقة مشروعة والا — كما لو كانت خليلته مثلا — لما استحقت تعويضا . لأن مصلحتها من بقائه حيا تكون مصلحة غير مشروعة [(٢)] .

التعويض يجب ان يكون جابرا لكل الضرر ، مقدرا بالمعيار الذاتى :

٥٧ — وفى هذا المعنى تقضى المادة ١٧٠ مدنى صراحة بأن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور ... مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة » [(٣)] .

وبيان ذلك أن الفعل غير المشروع قد يلحق بالمضرور — فى ضوء ظروفه الشخصية — ضررا يفوق فى جسامته ما كان ليصيب شخصا

---

(١) وفى هذا المعنى جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية : ان طلب التعويض عن الضرر المادى نتيجة وفاة شخص آخر مشروط بثبوت ان المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم . وان فرصة الاستمرار كانت محققة . انظر : نقض ١٩٨٠/٣/٢٧ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٨٤ ص ٩٣٧ ؛ وفى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٩/٣/٢٧ ، ٣٠ — ١٧٥ — ٩٤١ ؛ ١٩٧٨/٥/٢٣ ، ٢٩ — ٢٥٤ — ١٣٠١ ؛ وانظر ايضا فى نفس المعنى : مارتى ورينو بند ٣٧٩ ؛ نقض (جنائى) فرنسى ١٩١٣/٢/٧ (د. ١٩١٣ — ١ — ٣٧٢) .

(٢) ياخذ بهذا الشرط ايضا : مارتى ورينو بند ٣٨٠ ؛ فلور تعليق (د. ١٩٤٥ — ٢٩٣) ؛

MAZEAUD (H) : La lésion d'un «Intéret légitime juridiquement protégé» condition de la responsabilité civile. D 1954 - chr - P. 39 ;

JOSSERAND : L'avénement du concubinat D.H. 1932 - chr - 45

وكان القضاء فى فرنسا قد اجاز تعويض الخليلة عما اصابها من ضرر فى مصلحتها بموت خليلها ، ثم تحول عن هذا الاتجاه لفترة ، ثم عاد مؤخرا يقترب من الاتجاه الأول . راجع فى هذا التطور مارتى ورينو بند ٣٧٩ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٦٠٦ .

(٣) انظر نقض ١٩٧٢/٦/٨ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٦٨ ص١٠٧٥ وقد جاء فيه أن تقدير التعويض من اطلاقات محكمة الموضوع مهتدية فى ذلك بكافة الظروف والملابسات فى الدعوى .

آخر لا تتوافر فيه هـذه الظروف . وعندئذ يجب على القاضى اعمالا للنص سابق الذكر ، أن يأخذ هـذه الظروف . فى اعتباره عند تقدير التعويض . فأقل عاهة فى ساق عداء أو لاعب كرة قدم على سبيل المثال انما تنزل به ضررا لا يمكن مقارنته بعاهة تصيب ساق عامل يدوى كالساعاتى مثلا .

٥٨ — ويرى جانب من الفقه المصرى . أخذا بصريح الأعمال التحضيرية للنص سابق الذكر . أن الظروف الملابسة التى وردت فيه . انما تشمل مدى جسامة خطأ المسئول [١] . حين ينقد البعض الآخر [٢] — على العكس — هـذا الاتجاه ، ويراه أمرا غير مفهوم بعد انفصال المسئولية المدنيـة عن المسئولية الجنائية واختلاف التعويض — تبعا لذلك — عن العقوبة .

ونحن وان كنا نفضل الانضمام الى الاتجاه الأخير . الا أننا نعتقد أن الاستناد فى تبريره الى ما يقال من انفصال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ومن ثم اختلاف التعويض عن العقوبة . هـو من قبيل الاستناد الى حجة غير حاسمة . فلا يزال للمسئولية المدنية . فى العصر الحاضر : دورا فى الزجر أو الردع هاما تلعبه . الى جانب دورها التعويضى الأساسى . هـذا الدور هـو ما يعـرف اصطلاحا بالعقوبة الخاصة La Peine Priveé . تلك العقوبة التى تجد لهـا تطبيقات متعددة فى التشريعات الحديثة . كمـا هو الحال — مثلا — فى الغرامة التهديدية ، وفى الشرط الجزائى . وفى اضعاف التأمينات . وفى جزاء الاخلال بالالتزام باعلان الخطر فى التأمين ... الخ .

وعلى أية حال ، فاننا نسلم مع هـذا الرأى الأخير . بأنه من حيث الواقع يأخذ القاضى — بمنطق شعوره كانسان — مدى جسامة خطـأ

---

(١) من هذا الاتجاه : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ ، وبند ٤٠٩ د. عبد المنعم البدراوى بند ٤٥ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٤٧ .

(٢) أنظر : د. الصـدة بند ٢٨ ؛ د. جميـل الشرقاوى بند ١٩ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٢٦ ؛ د. مصطفى الجمال بند ٢٦٨ .

المسئول فى حسبانه عند تقدير التعويض [١] ، بما يجعل من اشتراط أن يلتزم القاضى فى تقدير التعويض قدر الضرر بصرف النظر عن مدى جسامة الخطأ ، اشتراطا نظريا فى الحقيقة .

٥٩ — ويبقى أن نشير فى هذا الصدد — الى أننا لا نسلم بما ورد فى المذكرة الايضاحية لنص المادة ١٧٠ مدنى سابقة الذكر ، من أن الظروف الملابسة التى يجب مراعاتها فى تقدير التعويض تشمل أيضا — وكما يؤيد ذلك بعض الشراح — الظروف المالية للمسئول [٢] . ذلك أن الحكم بالتعويض يجب أن يكون جابرا لكل الضرر ، بصرف النظر عما اذا كان تنفيذ هذا الحكم — بالنظر الى الظروف المالية للمسئول — سوف يصادف صعوبة أم لا . ويبدو أن واضع المذكرة الايضاحية كان يضع نصب عينيه فى هذا التوسع أن المسئول قد يكون مؤمنا على مسئوليته لدى شركة تأمين بما يسمح — عنده — بتقدير تعويض أكبر منه فى الحالة العكسية التى يضمن فيها مرتكب الفعل الضار مسئوليته بنفسه . غير أن هذا النظر فى الواقع غير دقيق ، اذا لم نقل أنه يتنافى مع فن التأمين نفسه ، الذى يقوم على أساس من أن شركة التأمين انما تتحمل عن المستأمن مسئوليته ذاتها ، بحيث لا يتحرك ضمانها الا بعد ثبوت مسئولية عميلها ، وبقدر هذه المسئولية .

٤ — التعويض يقتصر على الضرر المباشر (٣) ، وفى المسئولية العقدية على ما كان منه متوقعا (٤) :

٦٠ — واذا كان التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة

---

(١) انظر فى هذا المعنى د. الصدة بند ٢٨ ، وكاربونييه بند ١١١ ص ٤٠٨ الذى يضيف أن القاضى يدخل فى حسابه مدى جسامة الأخطاء فى حالة قسمة التعويض بين المسئولين المتعددين عن الضرر .

(٢) فى هذا المعنى : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ وبند ٤٠٩ .

(٣) أنظر نقض فرنسى (جنائى) ١٩٨٢/١٢/١٣ (د. ١٩٨٣ — أ.ر — ١٨٢) .

(٤) أما فى المسئولية التقصيرية فانه يشمل الضرر المباشر كله ، متوقعا أو غير متوقع . أنظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٢٠٤ ص ١٢١٠ .

وما فاته من كسب على التفصيل السابق . الا أن ذلك مشروطا فى المادة ٢٢١ مدنى بأن يكون الضرر « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به » • ويقال — تبعا لذلك — أن التعويض — فى المسئولية المدنية بنوعيها — يقتصر على الضرر المباشر فقط . أى الضرر الذى يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ • وهو يعتبر كذلك وفقا لذات النص « اذ لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول •

أما فى اطار المسئولية العقدية فان التعويض يقتصر . فضلا عن ذلك على الضرر المتوقع ما لم يكن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، حين يسأل عندئذ — عن كل الضرر المباشر ولو كان غير متوقع • وفى هذا المعنى جاء فى المادة ٢/٢٢١ « أنه اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » (١) • على أن يلاحظ أن المعيار فى توقع الضرر من عدمه هو معيار موضوعى (٢) ؛ ومن ثم يخضع تقديره لقاضى الموضوع (٣) • وأنه لا يكفى أن يكون المدين قد أمكنه أن يتوقع الضرر فى سببه ، وانما يلزم أيضا أن يكون بالامكان توقعه فى مداه (أى فى قيمته) (٤) • وأمر تفصيل هذا القيد انما يدرس عادة عند التعرض لركن الضرر فى المسئولية المدنية ؛ فيكتفى فيه بهذا القدر . ونحيل فى باقى التفاصيل الى ذلك الموضع •

٥ — يكون التعويض بقدر الضرر مقوما بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائى :

٦١ — هذا ويتعين على القاضى — وفق ما استقر عليه

---

(١) وعلى نفس النسق يجرى نص المادة ١١٥٠ مدنى فرنسى .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٠٥٥ ؛ وانظر ايضا : نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ (د. ١٩٣٨ — ١ — ٢٨ وتعليق ميمين) .

(٣) انظر ؛ من التطبيقات القضائية : استئناف باريس ١٩٤٩/١١/٢٩ (د. ١٩٥١ — ٣ — ٣١ وتعليق روجير) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ سابق الاشارة .

(٤) وهذا المعنى اصبح مسلما به فى الفقه والقضاء الفرنسيين أيضا فى الوقت الحاضر : انظر : ستارك بند ٢٠٥٥ والأحكام المشار اليها فيه .

القضاء (١) (٢) — أن يقدر الضرر بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائي • فيأخذ في اعتباره ما يطرأ على الضرر من تغير في مداه (عناصره) أو في قيمته حتى يوم صدور هذا الحكم •

ويبدو أن وراء هذا الاتجاه رغبة القضاء في محاربة ما قد يؤدي اليه انخفاض العملة من ميل لدى المسئول في اطالة أمد النزاع عن طريق الطعن في الحكم بكل طرق الطعن من استئناف ونقض ; اذ ما دام الضرر سوف يقوم بحالته يوم صدور الحكم النهائي . فلن يفيد المسئول شيئا أن يطيل أمد النزاع (٣) •

على أنه يجب أن يلاحظ أنه اذا كان الضرر قد تفاقم في الفترة ما بين وقوعه وصدور الحكم وكان بامكان المضرور أن يتفادى هذا التفاقم بالمبادرة الى اصلاح الضرر على نفقته ولم يفعل . فان هذا التفاقم يعتبر — وفقا للمادة ٢٢١ سابقة الاشارة — ضررا غير مباشر لا يسأل عنه مرتكب الفعل الضار • أما على العكس اذا كان قد بادر الى اصلاح هذا الضرر على نفقته ؛ فانه يمكنه أن يرجع — بما أنفق — على المسئول • غير أن حقه يتحدد — عندئذ — بقدر ما أنفقه

---

(١) أنظر مثلا : نقض مصرى ١٩٤٧/٤/١٧ مجموعة عمر ج ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ ؛ ومن القضاء الفرنسي : نقض (عرائض) ١٩٤٢/٣/٢٤ (ج.ب ١٩٤٢ — ١ — ٢٢٤) وقد أشار أيضا الى استقرار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه : كاربونييه بند ١١١ ص ٤٠٨ .

وانظر في تطور القضاء الفرنسي في هذا الخصوص :

MAZEAUD (L) : L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance j.c.p. 1942 - 1 - 275.

(٢) ويؤيد الفقه أيضا هذا الاتجاه : انظر مثلا : د. اسماعيل غانم بند ٤٧ ؛ د. البدراوي بند ٤٦ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٣ • ١٩٦١ بند ٦٢٢ ؛ د. جميل الشرقاوي بند ١٩ ؛ وفي الفقه الفرنسي انظر مثلا : كاربونييه ، الاشارة السابقة .

(٣) في هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) ص ٦٦٥ ؛ د. البدراوي بند ٤٦ ؛ كما يبرر البعض هذا الحل بانه هو الذي يحقق — في ضوء ظاهرة الانخفاض المستمر في قيمة النقود — قاعدة وجوب التعويض الكامل للضرر . انظر كاربونييه بند ١١١ ص ٤٠٨ .

فعلا ، دون أن يكون لتغير سعر النقود فى الفترة ما بين هـذا الاتفاق وصدور الحكم أى أثر [١] .

٦ — التعويض يشمل الضرر الأدبى [٢] أيضا [٣] :

٦٢ — وعلى هـذا جرى نص المـادة ٢٢٢ مدنى التى قضت صراحة بأن « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا » .

ومن غير شك أن واضعى هـذا النص كانوا يقصدون بالتعويض هنا التعويض المـالى أو النقدى ، ما دام أنه من البديهى ، ودون حاجة الى نص خاص أن يكون بالامكان جبر الضرر الأدبى بترضية أدبيـة مماثلة كالاعتذار أو التكذيب المنشور .

ويرجع حرص المشرع على وضع هذا النص الى ما كان يثور منشك حول مدى امكان جبر الضرر الأدبى بتعويض نقدى : بمقولة أن مثل هـذا الضرر لا يعتبر خسارة مالية من جهة ؛ وأنه مما لا يتفق — من جهة أخرى — والمثل العليا الأخلاقية أن يقبل الانسان . لقاء الاعتداء على شرفه أو كرامته ، مبلغا نقديا ، فينزله أو ينزلهـا بهـذا الشكل منزلة الأموال المـادية . فضـلا عن صعوبة تقدير التعويض عنه [٤]

---

(١) فى هذا المعنى : ليون مازو مقال ١٩٤٢ سابق الاشارة ؛ وأنظـر أيضا : استئناف باريس ١٩٢٦/١٢/٢ (د. ١٩٢٧ — ٢ — ١١٧ وتعليق H.A.) ؛ وفى ١٩٣٥/٧/٢ (ج.ب ١٩٣٥ — ٢ — ٦٨٢) . ويعلل مازو هـذا الحكم بأن المضرور عندما لجأ الى اصلاح الضرر بنفسه يكون قـد غير من طبيعة هذا الضرر فأصبح يتمثل . ايا كانت صورته الأصلية — فى المبلغ النقدى الذى دفعه فى هذا الاصلاح . فلا يستحق الا ما دفع .

(٢) والمقصود به الضرر الذى لا يصيب الذمة المـالية للشخص . أنظر فى هـذا المعنى . وفى عدم دقة التعبير (ضرر أدبى Préjudice morale) وفى تفضيل اصطلاح (الأضرار غير الداخلة فى الذمة المـاليـة Dommages extra patrimoniales) ، ستارك بنـد ١١٣ ، جوجلار (دروس مازو) بنـد ٤١٧ .

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٢/٤/٨ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٠٥ ص ٦٧٠ ، والأحكام المشار اليها لاحقا فى البند ٦٥ .

(٤) راجع فى تفاصيل الاعتراضات التى كانت توجه ضد التعويض النقدى عن هذا النوع من الضرر ، والرد عليها : مارتى ورينو بند ٣٨٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٤١٩ .

وحسنا فعل المشرع أن لم يقم وزنا لهـذه الحجج التى يمكن تفنيدها بسهولة • فأورد النص ســابق الذكر . قاطعا فى امكان التعويض عن الضرر الأدبى • وان كان صدى هـذه الاعتبارات يبدو — للأسف — أنه كان لا يزال يترك أثره لدى واضعى النص فأوردوه متواضعا حين قصروا الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى . الذى يتمثل فى ألم المعاناة النفسية من موت العزيز ؛ على زوج هـذا الأخير وأقاربه حتى الدرجة الثانية دون غيرهم [١] • وحين لم يجيزوا كذلك انتقــال الحــق فى التعويض عن الضرر الأدبى الى الغير « الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ؛ أو طالب الدائن به أمام القضـــاء » [٢] • وهى قيود منتقدة فى حقيقة الأمر . وان لم يكن فى هـذا الموضع تفاصيل نقدها ؛ فنحيل فى ذلك الى الموضع الخاص بدراسة ركن الضرر فى المسئولية المدنية •

٦٣ — هـذا ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصا مماثلا للمادة ٢٢٢ مدنى مصرى ؛ الا أن من المسلم به فى الفقه والقضاء الفرنسيين [٣] امكان الحكم بتعويض نقدى عن الضرر الأدبى • بل ان

---

(١) وفى فرنسا — حيث لا يوجد نص مماثل — يستخلص من أحـد احكام الدائرة الجنائية بمحكمة النقض ؛ أن جواز التعـويض عن الألـم المعنوى لا يقتصر على حالة الموت . وانما يمكن أن يمتـد الى ما هو أدنى من ذلك ؛ كما هو الحـال مثلا فى الاصابة بعاهة مستديمـة . انظر حكمها فى ١٩٨٣/٤/١١ (د. ١٩٨٣ — أ.ر — ٤٠٠) .

(٢) انظر فى تطبيق تخفائى لهذا القيد : نقض مصرى ١٩٧٧/١٢/٢٢ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٣٣ ص ١١٣ .

فاذا كان المضرور قد توفى بعد اقامته دعوى التعويض . تغنى بهـذا الأخير للتركة ، وقسم بين الورثة حسب أنصبتهم الشرعية . انظر فى هـذا المعنى : نقض ١٩٧٥/١١/٤ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٥٩ ص ١٣٥٩ .

(٣) اشار لذلك ستارك بند ١١٥ ؛ وانظر ايضا :

CARBONNIER : Le Silence et la gloire. D 1951 - chr - 119

نقض ١٩٥١/٢/٢٧ (د. ١٩٥١ — ٣٢٩ وتعليق ديبـوا) ؛ نقض ١٩٥٥/١٠/١٣ (د. ١٩٥٦ — س — ٣٢) ؛ استئناف باريس ١٩٥٧/٤/١ (د. ١٩٥٧ — ٤٣٦ الدعوى ٢) . والفقـه والقضـاء المشـار اليـه فى الهوامش التالية من هذا البند .

المحاكم قــد غالت كثيرا فى هــذا الاتجاه [١] . حتى أنهــا لم تقتصر على الاعتداد بالألم المعنوى (كضرر أدبى) الناتج عن موت انســان عزيز ؛ وانمــا اعتدت بهــذا الألم أيضــا ولو كان ناشئا عن فقــد حيوان [٢،٣] .

٦٤ — وليس من شك أن مثل هــذا التوسع لا يمكن الأخذ به فى مصر . فهو يصطدم بما يستخلص بمفهوم المخالفة من المــادة ٢٢٢ مدنى التى تتكلم عن جــواز التعويض عن الألم المعنوى فى خصوص موت الآدميين ؛ بل وتحصر دائرة من يستحقون تعويضا عن هذا الألم فى طائفة محدودة من الأشخاص . هــذا فضلا عما فى مجاراة هــذا التوسع من خطورة ؛ لمــا يخشى من أن يقــاس على الحيوانات جميع الأشياء غير الحية [٤] . ومن المؤكد أنه سيكون من التطــرف [٥] أن نوغل فى هــذا التوسع الى هــذا المدى .

* * *

---

(١) انظر فى التدليل على ذلك :

ESMEIN (P) : La commercialisation du dommage moral. D. 1954 - chr - 113.

(٢) انظــر مثلا : نقض ١٩٦٢/١/١٦ (د. ١٩٦٢ — ١٩٩ وتعليق رودييه) ، (ج.ك.ب ١٩٦٢ — ٢ — ١٢٥٥٧ وتعليق اســمان) « فى خصوص موت حصان . وانظر ايضا محكمة caen الابتدائية (الاستئنافية) فى ١٩٦٢/١٠/٣٠ (د. ١٩٦٣ — ٩٢) « فى خصوص موت كلب . وقــد أسست المحكمة حكمها على ان الكلب هو احسن صديق للانسان » .

(٣) ويبدو أن بعض الشراح الفرنسيين يؤيد هذا التوسع . انظــر مارتى ورينو بند ٣٨١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٤٢٣ ؛ كما ايده ضمنا جوسران بند ٦٢٩ .

(٤) انظر — مع ذلك — حكم محكمة جنح مارس ، فى ١٩٦٦/١٠/٤ (ج.ب ١٩٦٧ — ١ — ٢٩) وقد رفضت فيه أن تقضى بتعويض لصاحب ســيارة عن الألم المعنــوى الذى اصابه بسبب ما حدث بهــا من اصابات نتيجة الحادث .

(٥) ان لم نقل « من الحمــاقة » . على حد تعبير ستارك . انظــر بنــد ١١٩ . وراجع فى محاولة للدفاع عن هــذا التوسع بالاستناد الى ان المحاكم كانت تأخذ فى اعتبارها فى حقيقة الأمر القيمــة الشخصية للشىء فى نظر صاحبه (المضرور) ؛ والتى ربما تختلف كثيرا عن قيمته فى السوق :

FOULON - PIGANIOL note S 1962 - 281

وراجع فى الرد على هذه المحاولة : ستارك بند ١٢٠ .

٦٥ — وفى ضوء الضوابط سابقة التفصيل . تكون لقاضى الموضوع سلطته المطلقة فى تقدير التعويض الذى يقضى به للمضرور[١]. لا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض ما دام قد بين عناصر الضرر على نحو سليم • وتظهر هذه السلطة التقديرية بشكل أوضح على الأخص فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر الأدبى [٢] •

المطلب الثانى

التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى)

La clause Pénale

تعريفه .. وتميزه عن غيره :

٦٦ — الشرط الجزائى هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذى يستحق للدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه ؛ ويأخذ عادة صورة بند أو شرط فى عقد ؛ ومن هنا جاءت تسميته • انما لا يمنع أن يرد فى اتفاق لاحق [٣] . بشرط أن يسبق وقوع الاخلال بالالتزام ؛

---

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (جنائى) ١٩٨٢/١٢/١٣ (د. ١٩٨٣ — أ.ر — ١٨٢) ؛ وفى مصر : نقض ١٩٧٧/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٩٥ ص ٥٠٠ ؛ ١٩٧٥/٣/١٢ المجموعة ٢٦ — ١١٥ — ٥٦٨؛ ١٩٧٤/٢/٢١ المجموعة ٢٥ — ٦٤ — ٣٨٩ ؛ ١٩٧٢/٦/١٤ المجموعة ٢٤ — ١٦٠ — ٩١٩ ؛ ١٩٧٢/٤/٨ المجموعة ٢٣ — ١٠٥ — ٦٧٠ ؛ ١٩٧٢/٦/٨ المجموعة ٢٣ — ١٦٨ — ١٠٧٥ ؛ ١٩٧١/٦/٢٤ المجموعة ٢٢ — ١٣٥ — ٨٢٨ .

(٢) فى هذا المعنى : كاربونييه بند ٨٩ ص ٣٠٦ • ٣٠٧ .
وفى مصر : رأت محكمة النقض : على سبيل المثال — فى اعادة بعض بعض رجال القضاء — الذين كانوا قد عزلوا من ولاية القضاء فى ظروف معينة — الى عملهم ؛ تعويضا مناسبا لهم عما أصابهم من ضرر ادبى بسبب هذا العزل . انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٦ ص ٢٣ ؛ ١٩٧٥/٦/٥ المجموعة ٢٦ — ١٥ — ٥٥ ؛ ١٩٧٥/١٢/٢٥ المجموعة ٢٦ — ٢٦ — ٩٤ .

(٣) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٣ مدنى . وبالمقابلة فانه اذا ما ورد العقد النهائى خلوا من النص على الشرط الجزائى الذى كان قد سبق أن ضمنه المتعاقدان مثلا عقد البيع الابتدائى ؛ فان ذلك يدل — والفرض أن عقد البيع النهائى هو قانون المتعاقدين — انهما قد تخليا عن هذا الشرط . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٠/٣/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ٨٢ ص ٥١٣ .

والا كان صلحا وانطبقت عليه أحكام الصلح [١] .

٦٧ — وفى الأعم الأغلب يحدد هــذا الشرط الجزائى بمبلغ من النقود [٢] . لكن ليس ما يمنع — وهو لا يعدو كما قدمنا أن يكون اتفاقا مسبقا على تقدير التعويض — أن يتمثل فى شىء آخر ، طالمــا ارتضى الطرفان ، وبصفة خاصة الدائن ، ذلك [٣] .

٦٨ — ولا صلة بين الشرط الجزائى والعربون ، حين تكون دلالة هــذا الأخير تأكيد انعقاد العقد واحتساب مبلغه كمقدمة أو جزء من المقابل . غير أنه يفترق عنه حتى فى حالة ما اذا كانت دلالته تخويل أى من المتعاقدين الحق فى العدول مقابل مبلغ العربون وذلك لاختلاف كل منهما فى طبيعته وأساسه .

فالعربون ثمن محدد للعدول لا يقبل التعديل ويلتزم بدفعه من يريد هــذا العــدول دون ما نظر الى قدر الضرر الذى ترتب عليه . ولا يعد بعدوله هــذا مخطئا . حين أن الشرط الجزائى تقدير مسبق للتعويض ، يواجه مدينا مخطئا ، ويتأثر الى حد كبير بقدر الضرر الذى لحــق بالدائن .

---

(١) انظر فى دراسة تاريخية للشرط الجــزائى فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القــديم :

BOCCARA (B) : La reforme de la clause pénal j.c.p. 1975 - 1 - doct - 2742 No. 13 , 14

(٢) وقد رأت محكمة النقض المصرية فى الاتفاق ، فى شروط المزايدة ، على حق وزارة التموين فى مصادرة التأمين ، والتزام الراسى عليه المــزاد بأجرة التخزين والمصاريف الادارية ، والفوائد عند اخلاله بالتزامه ، ما يعد من قبيل الشرط الجزائى الذى يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض ، يجـــوز تخفيضه طبقا للمادة ٢٢٤ مدنى . انظر نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٢٤ ص ٧٦٧ .

(٣) ويمثل لذلك بعض الشراح بمؤجر الأرض الزراعية الذى يشترط على مستأجرها ان يخليها فى وقت محــدد والا صارت المزروعات الموجودة بها ملكا للمؤجر ، تعويضا عن عدم تنفيذه الاتفاق على الاخلاء فى موعده . انظر د. جميل الشرقاوي بند ٢٠ .

خصائص الشرط الجزائى :

٦٩ — ويتميز الشرط الجزائى بالخصائص التالية :

١ — أنه التزام تابع لالتزام أصلى . ما دام قوامه تعويضا اتفاقيا عن اخلال بتنفيذ التزام كان — أى هذا الالتزام — هو المقصد الأساسى للمتعاقدين . وهو بحكم تبعيته لهذا الالتزام الأصلى يزول بزواله ويتصف بأوصافه . فاذا كان الالتزام الأصلى باطلا أو حكم بابطاله [١] أو بفسخه [٢] . أو استحال تنفيذه لسبب أجنبى . سقط هذا الالتزام وسقط معه الشرط الجزائى . كما أن جميع ما يلحق الالتزام الأصلى من أوصاف ، كشرط وأجل وتضامن ، يلحق — بالتبعية — الشرط الجزائى .

٢ — انه التزام احتياطى . ما دام لا يعدو أن يكون نوعا من التنفيذ بمقابل يظل معه الالتزام الأصلى عاديا لا يتحول الى تخييرى ولا بدلى [٣] . فما دام أن التنفيذ العينى للالتزام الأصلى ممكنا فلا يستطيع أى من الطرفين أن يختار بدلا منه التنفيذ بمقابل عن طريق دفع قيمة الشرط الجزائى . كما أن المدين — فى نفس الفرض — لا يمكنه أن يستبدل بالتنفيذ العينى دفع قيمة هذا التعويض الاتفاقى .

٣ — أنه مجرد تقدير جزافى للتعويض لا أكثر [٤] . فهو وان كان

---

(١) فى هذا المعنى نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٣/٧/٢٠ (د. ١٩٨٤ — ٤٢٢ وتعليق اوبير) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠١ ص ١٠٢٠ ، وقد جاء فيه أن الشرط الجزائى هو التزام تابع للالتزام الأصلى ، وان القضاء بفسخ العقد المتضمن للشرط يترتب عليه عدم الاعتداد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، ومن ثم فان عبء اثبات الضرر فى هذه الحالة يكون على عاتق الدائن .

(٣) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢١١٨ .

(٤) لكن ذلك لا يخل بأن هذا التقدير الجزافى يؤدى دورا هاما فى الكثير من الأحيان كوسيلة للضغط على المدين حيث يمثل عادة لتنفيذ التزامه ولا يتأخر فى ذلك خشية توقيع هذا الجزاء عليه . ومن هذه الزاوية يقترب الشرط الجزائى من الغرامة التهديدية ، ولذلك يسميه البعض فى هذا الفرض « الغرامة التهديدية الاتفاقية L'astreinte conventionnelle » انظر ستارك بند ٢١١٤ .

اتفاقا يتعلق بالمسئولية ، الا أنه ليس سببها [١] . ومن ثم يتعين توافر جميع أركان هـذه المسئولية من خطـأ وضرر وعلاقة سـببية [٢] • يضاف اليهـا شرط الاعذار الذى تقتضيه القواعد العـامة كمقدمة لاستحقاق التعويض [٣] • اللهم الا اذا كان الطـرفان قـد اتفقـا — ولو ضمنيا — على الاعفاء منه [٤] • على أن يلاحظ ما سبق أن أشرنا اليه من أن مجرد تضمين العقد شرطا جزائيا لا يفيد بذاته معنى اتجاه ارادتى الطرفين الضمنية الى الاعفـاء من الاعذار • ولا تبـدو من خصوصية للشرط الجزائى الا فيما يتعلق بعنصر الضرر : فاذا كانت القواعد العامة فى المسئولية تستوجب توافر هـذا العنصر ، وتوجب على الدائن الذى يطالب بالتعويض أن يثبت أن عـدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه قـد ألحق به ضررا ، فان تدخل الشرط الجزائى ينقل عبء الاثبات ، اذ يفترض معه أن اخلال المدين بالتزامه قـد ألحـق بالدائن هـذا الضرر ، حين يتعين على المدين اذا شـاء التخلص من التعويض أن يثبت العكس [٥] • (م ٢٢٤ مدنى) •

---

(١) فى هذا المعنى د. محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٧ •

(٢) ويترتب على ذلك بصفة خاصة ، انه اذا كان المدين قد استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب اجنبى لا يد له فيه • فان الشرط الجزائى لايمكن أن يطبق عليه . فى هـــذا المعنى سـتارك بند ٢١١٦ ؛ ديبوا وجوديمييه ص ٣٨٦ (وان كانا يستدركان على ذلك بالقول : اللهم الا اذا فسر الشرط الجزائى فى معنى انه يتضمن من جانب المدين قصد أن يتحمل المسئوليـة عن الحوادث المفاجئة) .

(٣) فى هذا المعنى ستارك بند ٢١١٧ • وانظر أيضا استئناف جرينوبل ١٩٦٧/٥/٢٩ (ج.ك.ب. ١٩٦٨ — ٤ — ٣٢) •

(٤) انظـر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى ١٩٧١/١/٢٢ (ج.ك.ب. ١٩٧١ — ٤ — ٤٩) ، نقض فرنسى ١٩٦٩/٣/٧ (ج.ك.ب ١٩٧٠ — ٢ — ١٦٤٦١ وتعليق بريبور) •

(٥) وتعبيرا عن هذا المعنى • جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية ان « مؤدى حكم المـادة ٢٢٤ من القانون المدنى — وعلى ما جرى به قضـاء هـذه المحكمة — انه متى وجد شرط جزائى فى العقد ، فان تحققه يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن باثباته ، وانما يقع على المدين عبء اثبات أن الضرر لم يقـع . . » • نقض ١٩٨٠/٢/١٣ المجموعة السنة ٣١ رقـم ١٠٠ ص ٥٠٨ ؛ وفى نفس المعنى : نقض ١٩٦٧/١١/١٤ المجموعة ١٨ — ٢٥٣ — ١٦٧٦ ، ١٩٧٤/١٢/١٢ المجموعة ٢٥—٢٤٢— =

سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى (١) :

٧٠ — قلنا أن الشرط الجزائى هـو تقدير مسبق للتعويض . الأمر الذى يستوجب أن تكون قيمته متناسبة مع الضرر ، والا كانت له وظيفة أخرى تتجاوز مجرد تقـدير هـذا التعويض فاذا كان المبلغ المحدد به يفوق بكثير قدر الضرر ، كان هـذا الشرط من قبيل التهديد المـالى (٢) وانسحب عليه حكمه . وان كان — على العكس — يقـل بكثير عن قـدر الضرر . كان فى الواقع يخفى اتفاقا على الاعفاء من المسئولية أو التخفيف منها ، ووجب اخضاعه لأحكام هذا الاتفاق .

واختلاف وظيفة الشرط الجزائى بحسب مدى تناسبه مع قـدر الضرر تنعكس — فى الواقع — على سلطة القاضى ازاء هذا الشرط : فالأصل : أن يحكم القاضى بالمبلغ الذى اتفق عليه الطرفان كشرط جزائى (٣)

= ١٤٢٧ ، ١٩٧٣/١٢/١٨ المجموعة ٢٤ — ٢٢١ — ١٢٧٤ ، ١٩٧٣/٤/٢١ المجموعة ٢٤ — ١١٥ — ٦٤٩ . فاذا اثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر فان الشرط الجزائى لا يستحق . أنظر فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ المجموعة ٢٦ — ٣٢٨ — ١٧٥٧ .

(١) انظر فى هـذا الموضوع :

ALFANDARI (E) : le controle des clouse pénales par le juge j.c.p. 1971 - 1 - dort - 2395.

(٢) فى هذا المعنى : كاربونييه بند ٧٨ .

(٣) وهذا الأصل ، كان قاعدة لا تقبل الاستثناء فى المـادة ١١٥٢ من المجموعة المدنية الفرنسية التى كانت تقضى بأنه اذا اتفق على شرط جزائى لاخلال المدين بتنفيذ التزامه « فانه لا يجوز أن يقضى بأزيد من ذلك ولا بأقل » . وكانت المحاكم من ثم تلتزم بهـذه القاعدة (أنظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٣٣/٦/٢٦ د ـ ا . ١٩٣٣ — ٣ — ٤٤٣ ؛ نقض (تجـارى) ١٩٦٧/١١/٢ ر . ت ١٩٦٩ ص ١١٦ وملاحظة شيفاليه) . كما رأى فيها الفقه تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين . وان كان بعضه قد رأى أن الحل الأكثر عدالة هو جواز تخفيض هذا الشرط اذا كان مبالغا فيه (فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١٠٨ ؛ بوتييه ، أشار اليه شاباس مقال ١٩٧٦ ص ٢٣٠ عمود ١) . ثم تدخل المشرع الفرنسى بقـانون ٩ يولية ١٩٧٥ فأضاف الى النص السابق فقرة ثانيـة تجيز للقاضى أن يتدخل فى الشرط الجزائى بتخفيضه أو بزيادته ، اذا كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة ، أو زهيدا بشكل واضح . كما عدل بنفس القـانون ، المـادة ١٢٣١ ، بحيث أصبح يجوز للقاضى — فى حالة التنفيذ الجـزئى للالتزام . أن ينقص المبلغ المتفق عليه بنسبة الفائدة التى عادت على الدائن من التنفيذ الجزئى . وأبطل ، فى كل من النصين ، أى اتفاق مخالف لهما .

ما دام هـذا المبـلغ متناسـبا مع الضرر ؛ ولا يجـوز له — فى هـذه الحدود — أن يراجـع تقدير الطرفين . والفرض أنهما قـد قصدا بالشرط الجزائى استبعاد سلطته التقديرية .

٧١ — غير أنه يجـوز (١) للقاضى أن يخفض الشرط الجزائى فى حالتين :

١ — اذا أثبت المدين أن الالتزام قـد نفذ فى جزء منه . ذلك لأنه — فضـلا عن اعتبارات العـدالة — فان الاعمـال الصحيح لارادة المتعاقدين ؛ والفرض أنهما قـد حددا قيمة الشرط الجـزائى ليواجه فرض عدم التنفيذ كلية . يقتضى أن يخفض القاضى الشرط الجزائى . وذلك بنسبة ما نفذ من الالتزام (٢) (م ٢/٢٤٤) .

٢ — اذا أثبت المدين (٣) أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى

---

(١) فسلطة القـاضى فى التدخل جوازية . وذلك بصريح نص المـادة ٢٢٤ — ٢ مدنى مصرى . ونفس الأمر أيضا فى القانون الفرنسى . حتى بعد أن عدل المشرع المـادة ١١٥٢ — ٢ مدنى بقانون ٩ يوليـة ١٩٧٥ . انظر فى هذا المعنى :

CHABAS)F) : La reforme de la clause pénale (L. No. 75 - 597 du 9 juill. 1975). D 1976 - chr - 229 spéc p. 234 col. 1.

بوكارا ؛ مقال (جـ.ك.ب) ١٩٧٥ سابق الاشارة بند ٣٣ .

(٢) وفى تطبيقها للمادة ١٢٣١ (المقابلة للمادة ٢٢٤ — ٢ مدنى مصرى. والتى تواجه نفس الفرض ؛ كما انها أيضا نصا آمرا) قضت محكمة النقض الفرنسية بأن محكمة الموضوع لا يمكنها أن تطبق هـذه المـادة ؛ اذا كان الطرفان بنفسيهما قد واجها تخفيض قيمة الشرط الجزائى بنسبة ما نفذ من الالتزام . (نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (د. ١٩٨١ — ٢٣٥ وتعليـق شاباس) .

ونعتقد ؛ من جانبنا — ان هذا القول . على اطلاقه . محل نظـر . فهو لا يصح ؛ فيما نعتقد ، الا اذا كان التقدير الاتفاقى للتخفيض بما يتناسب فعلا وما نفذ من الالتزام . والا فاذا كان الباقى من قيمة الشرط الجـزائى لا يزال — بالمقارنة بما تبقى من الالتزام لم ينفذ — مبالغا فيه لدرجة كبيرة . فان للقـاضى بنـاء على طلب المدين ؛ أن يتدخل لتخفيض الباقى من قيمة الشرط الجزائى بما يجعله متناسبا مع ما يصيب الدائن من ضرر نتيجـة عدم تنفيذ الجزء الباقى من الالتزام .

(٣) فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٢/١٣ المجمـوعة ٣١ — ١٠٠ — ٥٠٨ ؛ ١٩٧٥/١٢/٣١ المجمـوعة ٢٦ — ٣٢٨ — ١٧٥٧ ؛ ١٩٧٣/٤/٢١ المجموعة ٢٤ — ١١٥ — ٦٤٩ .

كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة (م ٢/٢٢٤) ، فخرج الشرط بهذا الشكل من وظيفته وأصبح من قبيل التهديد المالى ، فعندئذ يجوز للقاضى أن يعدل الشرط الجزائى ليعيد التناسب بين الضرر ومبلغ التعويض[١]. ولكن لا يصح له أن يلغى الشرط الجزائى كلية ، ويعطل بذلك اتفاق الطرفين ، بأن يحكم التعادل بين هذا وذاك ، فيجعل التعويض مساويا تماما للضرر [٢] . وسلطة القاضى فى هذا الشأن تفرضها بنص آمر ، المادة ٢٢٤ مدنى ، بما يجعل كل اتفاق على ما يخالف ذلك باطلا (م ٣/٢٢٤) .

٧٢ — وتجدر الاشارة فى هذا الموضع ، الى أن المتعاقدين قد يعطيا للاتفاق الحقيقى على فوائد عن التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود ، صيغة الشرط الجزائى . ولما كان القانون ، كما سنرى فيما بعد ، قد وضع حدا أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٧٪ من أصل الدين ، فان ما أسمى شرطا جزائيا فى هذه الحالة ، لابد أن يخضع لهذا القيد [٣] . ومن باب أولى ، لا يستطيع الدائن أن يطالب — فوق ما اعتبر شرطا جزائيا — بالفوائد القانونية عن المبالغ التى تأخر المدين فى سدادها [٤] .

---

(١) ومن تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه الرخصة (بعد قانون ٩ يولية ١٩٧٥) : انظر : نقض فرنسى ١٩٨٣/٢/٩ (د. ١٧ مارس ١٩٨٣ رقم ١١) ؛ نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (١٩٨١ . Flasf D. — ٣٣٥ وتعليق شاباس) ؛ نقض (تجارى) : ١٩٧٩/١٠/٢ (د. ١٩٨٠ — ا.ر — ٢٩) ؛ نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ (د. ١٩٧٨ — ٣٤٩) ؛ نقض ١٩٧٨/١/٢٠ (د. ١٩٧٨ — أ.ر — ٢٢٩) .

(٢) ومن باب أولى ، يكون حكمه خاطئا اذا هبط بقيمة الشرط الجزائى لما دون الضرر الذى أصاب الدائن . انظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٢/٢/٣ (د. ١٩٨٢ — أ.ر — ٢٤٠) .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٣/٢١ المجموعة ٢٩ — ١٦١ — ٨٢١ ؛ نقض ١٩٧٨/٣/٢١ المجموعة ٢٩ — ١٦١ — ١٢١ ؛ وفى القضاء الفرنسى : استئناف باريس ١٩٥٣/٥/٢٢ حكم غير منشور أشار اليه .H.B فى تعليق بـ (ج. ك. ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٣٣٤) . محكمة جنح دانكرك ١٩٦٣/١/٢٥ (د. ١٩٦٣ — س — ٧٦) ؛ محكمة البسين التجارية ١٩٦٧/١٠/٢٤ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٤٥٠) .

(٤) فى هذا المعنى : ستارك ص ٦٢٨ هامش ٥٨ .

٧٣ ـ أما اذا تبين على العكس ، أن اخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن ضررا يفوق قيمة الشرط الجزائى المتفق عليه سلفا ؛ فان الأصل ، فى هذا الفرض ؛ أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ؛ اذ يعتبر الشرط ، فى هذه الحالة ، فى حكم الاتفاق على التخفيف من مسئولية المدين العقدية . ومثل هذا الاتفاق . بل والاتفاق على الاعفاء من هذه المسئولية كلية ، يقع من حيث الأصل صحيحا .

لكن اذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما أدى الى مجاوزة الضرر الذى أصابه قيمة الشرط الجزائى ؛ جاز له ـ والفرض أن الاتفاق على التخفيف من المسئولية فى هذه الحالة يقع باطلا ـ أن يطالب بزيادة هذه القيمة لما يجعلها تعادل الضرر الذى أصابه . وعلى ذلك صريح نص المادة ٢٢٥ مدنى .

٧٤ ـ أما فى فرنسا . فلم يشترط المشرع ـ فى التعديل الذى أدخله على المادة ١١٥٢ (بقانون ٩ يولية ١٩٧٥) ـ لامكان زيادة الشرط الجزائى ؛ أن يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما . وانما جعل للقاضى سلطة التدخل بهذه الزيادة اذا كان الشرط الجزائى زهيدا (أو تافها) بشكل واضح . وفى تفسير هذا التعديل يرى البعض أنه لا يكفى أن تكون قيمة الشرط الجزائى قليلة حتى يجوز للقاضى أن يتدخل بالزيادة ، بل ولا حتى قليلة جدا ، وانما يلزم أن تكون شبه معدومة (١)، (٢).

---

(١) انظر شاباس مقال (د ١٩٧٦) سابق الاشارة ص ٢٣٤ عمود ٢ .

(٢) انظر فى تفاصيل التعديل الذى ادخله المشرع الفرنسى بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ على أحكام الشرط الجزائى : شاباس . المقال سابق الاشارة ؛ بوكارا مقال (ج.ك.ب ١٩٧٥) سابق الاشارة ؛ وانظر . من بين المحاولات التى مهدت لهذا التعديل ، محاولة :

BOCCARA (B) : La liquidation de la clause pénale et la querelle seculaire de l'article 1231 du code civil j.c.p. 1970 - 1 - doct - 2294.

المطلب الثالث

التعويض القانونى (الفوائد)

Les intérets

نوعا الفوائد (الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية) :

٧٥ — قــد يكون محل التزام المدين دفــع مبلغ من النقود ، ويتأخر فى الوفاء بهذا الالتزام ، بما يجعله مخطئا خطأ يجعل من حــق الدائن أن يحصل على تعويض عنه • ولمــا كان هــذا التعويض سيكون — بدوره — مبلغا من النقود أيضا ، فان تحديده ، لذلك ، انما يتم على أساس نسبة مئوية من المبلغ محل التزام المدين • وتعرف هــذه النسبة فى الاصلاح بالفوائد • وتسمى هــذه الأخيرة ، فى هــذا الفرض ، وتعبيرا عن دورها التعويضى سابق الاشــارة ، بفوائد التأخير (أو الفوائد التأخيرية) •

٧٦ — ويقابل هذا النوع من الفوائد ما يمكن أن نسميه بالفوائد الاستثمارية • وهى بدورها نسبة مئوية من أصل دين نقدى ، ولكنها ، على العكس تماما من الأولى ، لا صلة لها بفكرة التعويض • فهى تمثل ، فى الواقع ، مقابلا يرتضى المدين مقدما أن يدفعه للدائن نظير انتفاعه ، وخلال أجل معين ، بمبلغ من النقود يكون فى ذمته لهذا الدائن • ومثالها الفوائد التى يلتزم المقترض بدفعها للمقرض لحين حلول الأجل المتفق عليه لسداد القرض ، أو الفوائد التى يلتزم المشترى — بثمن مؤجل — بدفعها للبائع : ••• وهكذا •

وواضح هنا أن انتفاع المدين بالأجل هو حق له ، مصدره الاتفاق، بما يعنى أن موقفه حتى حلول هــذا الأجل لا ينطوى على أى خطــأ ، وأن ما يستحقه الدائن من فائدة ليس الا مقابلا لمــا منحه للمدين من أجل • بمــا يجعل — بالتالى — من غير الدقيق تسمية البعض لهــذا

النوع من الفوائد ، بالفوائد « التعويضية » [١] •

طريقتا تحـديد الفوائد :

(ا) التحديد الاتفـاقى •

٧٧ — وبديهى أن يكون بامكان الطرفين — أخذا بمبدأ سلطان الارادة — أن يحـددا باتفاقهما المسبق نسبة الفـائدة التى تستحق للدائن ، تأخيرية هـذه الفائدة أو استثمارية • غير أن خشية المغالاة فى التقدير قـد دفعت المشرع — وكراهية منه للربا — الى تحـديد حـد أقصى لا يجوز أن يتعداه تقدير الطرفين ؛ وهو نسبة ٧٪ من أصل الدين ؛ والا وجب تخفيض سعر الفائدة المتفق عليه الى هذا الحد « وتعين رد ما دفع زائدا عن هـذا القدر » ؛ وعلى ذلك صراحة نص المـادة ٢٢٧ مدنى • هـذا النص الذى يعتبر — من حيث ما قضى به من جزاء — من أبرز تطبيقات نظرية انتقاص العقد (أو قصر البطلان) ما دام أنه لا يترتب على مجاوزة هـذا الحد الأقصى بطلان العقـد بأكمله ، وانما انقاص الفوائد الى الحد الجائز قانونا •

هـذا واحكاما للرقابة على عدم مجاوزة هـذا الحـد الأقصى ولو بشكل مستتر قضت الفقرة الثانية من نفس النص بأنه : « وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ثبت أن هـذه العمولة أو المنفعة لا يقابلها خدمة

---

(١) اطلق هذه التسمية على هذا النوع من الفوائد : د. عبد الرزاق السنهورى بند ٥٠٢ ؛ د. سمير تناغو بند ٣٠٨ ؛ ويسميها فائدة استثمارية : د. أنور سلطان بند ٧٨ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٣٢ ؛ ويسميها فوائد عوضية (أى عوضــا او مقابلا للأجل) : د. اسماعيل غانم بنـد ٥١ ؛ د. جمـال زكى بند ٣٩١ ، ويفضل تسميتها بـ « فوائد مقابل الانتفاع » د. عبد الفتاح عبد البـاقى بند ٦١ ؛ ويفضــل تسميتها بفائدة الاستثمار د. البدراوى بند ٦٧ .

حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » [1] .

(ب) **التحديد القانونى :**

٧٨ — ويقصد به تحديد المشرع نفسه لسعر الفائدة التى قد تستحق للدائن . وينحصر هذا الفرض فى فوائد التأخير وحدها ؛ اذ لا يعقل — اذا كان الدائن بنفسه لم يقبل الربا وارتضى من ثم أن يمنح المدين أجلا للانتفاع بالمبلغ النقدى دون مقابل — أن يفرض المشرع على المدين هذا المقابل . ومن ثم فان الفوائد الاستثمارية لا تكون دائما الا فوائد اتفاقية .

وحتى فى خصوص فوائد التأخير ، فان التحديد القانونى لسعرها يفترض عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديد هذا السعر . والا طبق هذا الاتفاق ما دام أنه لا يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانونا وهو ٧٪ . بما يعنى أن هذا النوع من الفوائد قد يكون اتفاقيا وقد يكون قانونيا . هذا السعر القانونى حدده المشرع فى المادة ٢٢٦ مدنى بـ « أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية » [2] .

وقد يثور فى الذهن تساؤل عن المبرر الذى يدعو المشرع الى أن يحدد بنفسه نسبة ما يمكن أن يستحق للدائنين من فوائد التأخير ؛ وعدم ترك هذا التحديد للقاضى الذى يرفع أمامه الدائن دعوى المطالبة بهذا النوع من الفوائد ؛ والفرض كما ذكرنا أنها لا تعدو أن تكون تعويضا عن تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه .

---

(١) اما اذا كان يقابلها خدمة حقيقية ، فانه يجوز الجمع بينها والفائدة المتفق عليها ، ولو زاد مجموعها عن الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة ، انظر فى هذا المعنى ، وفى تطبيق لهذا الفرض : نقض ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٥٦ ص ١٣٤٥ .

(٢) على ان يلاحظ ان المشرع قد اباح للبنك المركزى ان يحدد سعر الفائدة التى تتعامل بها البنوك ، دون مراعاة لأية قيود تشريعية على هذه الأخيرة . اشار لذلك : د. برهام محمد عطا الله اساسيات نظرية الالتزام ١٩٨٢ ص ١٥٠ .

الحقيقة — وكما أشار البعض — أن ذلك يرجع الى خصوصية النقود من حيث تفاوت مدى امكان الاستفادة منها تفاوتا شديدا بين شخص وآخر . وبالتالى تفاوت الضرر الذى يمكن أن يترتب على تأخير الوفاء بها من دائن لآخر • ولو أجيز لكل دائن أن يتمسك بالضرر الشخصى الذى أصابه من جراء هذا التأخير . لأدى ذلك الى تعقيدات يصعب على القضاء حسمها [١] • فرأى المشرع أن يقيل عن القضاء عناء هذه التعقيدات ؛ فحدد بنفسه نسب هذه الفوائد •

٧٩ — ويجرى الفقه المصرى ؛ فى عمومه ؛ على رأى للدكتور السنهورى ؛ فى أن العبرة ، فى الصفة المدنية أو التجارية هى بالمدين [٢] . لا بالدائن ولا بطبيعة العلاقة القانونية [٣،٤] •

وهذا الاتجاه الغالب يدعو الى الدهشة فى حقيقة الأمر • ذلك أنه اذا كان ولابد من أن نحيد عن عبارة نص المادة ٢٢٦ ، ولا نفسر لفظة « المسائل » المدنية و « المسائل » التجارية الواردة فيه فى معنى طبيعة العلاقة القانونية . فقد يكون الأكثر منطقية ، فى تقديرنا ؛ أن تكون العبرة فى هذا الشأن بالدائن ، فذلك هو ما ينسجم وطبيعة الفوائد التأخيرية بحسبانها من قبيل التعويض • تلك الطبيعة التى أفصح عنها صريح هذا النص نفسه • ومن المسلم به أن التعويض انما يقدر

---

(١) فى هذا المعنى :كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ١١٢ ؛ ستارك بند ٢٠٩١ ؛ وقرب د. الصدة بند ٣٩ .

(٢) انظر : د. عبد الرزاق السنهورى بند ٥١٢ ؛ وفى نفس الاتجاه : د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ١١٦ ؛ ١٩٦١ بند ٦٤٥ ؛ د. عبد الباقى بند ٦٩؛ د. محمود جمال الدين زكى بند ٣٩٣ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٣٥ ؛ د. سمير تناغو بند ٣٠٧ .

(٣) وانظر مع ذلك د. محمد كامل مرسى (العقود المسماة ١٩٤٩ ص ٣٢٧) ، حيث يرى أن المعول عليه هو طبيعة العمل الذى استخدم فيه مبلغ الدين ، تجاريا أو مدنيا ، بشرط علم الدائن به ، والا فيفترض فى الدين انه تجارى ما دام المدين تاجرا .

(٤) وظاهر عبارات بعض الشراح أنه يعول على طبيعة العلاقة القانونية ، أنظر د. برهام عطا الله ص ١٥٠ ؛ كما يبدو ذلك أيضا من ظاهر حكم لمحكمة النقض المصرية وان لم يقطع فى هذا المعنى : انظر نقض ١٦/٤/١٩٧٩ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٠٧ ص ١١٨ .

بقدر الضرر • والدائن التاجر يصيبه — عادة — من جراء تأخر حصوله على المبالغ النقـدية ضررا أكبر مما يصيب — فى العـادة — الدائن غير التاجر •

وقول بعض الشراح أن التحديد القـانونى لسعر فوائد التأخير بالنسب سابقة الاشارة انما هو من قبيل التقدير الجزافى الذى « خرج به المشرع على القواعد العامة التى تقضى بأن يكون التعويض مساويا للضرر » [١] هو قول يعوزه الدليل ؛ اذ المشرع لم يفصح — حقيقة — فى معنى هـذا الخروج •

صحيح أن الميل الى جانب المدين هو الروح التى تسود أحكام المجموعة المدنية فى مجموعهـا ؛ لكن هـذا الاعتبار لا يكفى وحـده لتخريج حل يصطدم ومبدأ أساسى من المبادىء المسلم بهـا فى هـذه المجموعة نفسها • وعلى أية حال ، فانه يحسن لو أعاد المشرع صياغة هـذه المـادة لتكون أكثر وضوحا فى المعنى الذى يقصده منها فى هذا الخصـوص [٢] •

القيود التى تحـد من استحقاق الفوائد بنوعيها :

٨٠ — هـذا ولم يكتف المشرع بحد أقصى يجب ألا يتجـاوزه سعر الفائدة الاتفاقية بنوعيها (تأخيرية أو استثمارية) وهـو ٧٪ ؛ وانما تمشيا مع اتجاهـه فى التنكر للربا ، قـد فرض على استحقاق الفوائد قيدين آخرين ضمنهما المـادة ٢٣٢ حين قضت بأن « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكبر من رأس المـال » •

---

(١) د. عبد الودود يحيى بنـد ٣٥ .

(٢) هـذا ولا يتناقض ما نقول به ، مع ما سبق أن أبديناه من مبرر تحديد المشرع بنفسه لسعر فائدة التـأخير الاتفاقية (حيث تفاوت الضرر الذى يمكن أن يترتب على التأخير من دائن لآخر) . اذ يمكن القـول بأن المشرع قصـد أن يحدد نسبة ٥٪ بالنسبة لكل دائن تاجـر ، ونسبة ٤٪ بالنسبة لكل دائن غير تاجر .

وهكذا حرم الشارع الربح المركب من ناحية . وجعل أقصى ما يمكن أن يحصل عليه الدائن من فوائد — من ناحية أخرى — هو المبلغ الذى يعادل رأس ماله [١] . غير أن النص السابق قد استثنى من هذا الحظر بنوعيه ما تقضى به القواعد والعادات التجارية حيث يجوز — عندئذ — الربح المركب وزيادة مجموع الفوائد على رأس المال ، كما هو الحال — مثلا — فى الحساب الجارى [٢] .

٨١ — كذلك يقف — فى مادة البيع الجبرى — سريان الفوائد على المدين من تاريخ رسو المزاد وذلك اعمالا لما تقضى به المادة ٢٣٠ من أنه « عند توزيع ثمن الشىء الذى بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها . على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء » .

ويهدف هذا القيد الأخير — كما ورد فى المذكرة الايضاحية — الى العدل بحقوق المدين من ناحية والى المساواة بين الدائنين فى مواجهة الراسى عليه المزاد من ناحية أخرى ، فلولا هذا القيد لتحمل المدين تبعة البطء فى اجراءات التوزيع بتراكم الفوائد عليه مع أنه غير مسئول عن هذا البطء . ولولاه أيضا لأضير الدائنون العاديون أو المقيدون المتأخرون فى الترتيب بالنظر الى أن استمرار سريان الفوائد عن حقوق الدائنين المقيدين السابقين فى الترتيب طيلة المدة التى تستغرقها

---

(١) وتنظر محكمة النقض — بحق — الى هذا الحكم بحسبانه متعلقا بالنظام العام . انظر حكمها فى ١٩٧٤/٣/٢٨ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٩٧ ص ٦٠٢ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الاستثناء : نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ .

اجراءات التوزيع سوف يترتب عليه أن تتضخم نسـبة ما يستحقونه في قسمة الغرماء للثمن الذى رسا به المزاد وذلك على حساب الدائنين العاديين أو التاليين فى الترتيب . الذين سوف تنقص — بالمقـابلة — نسبة ما يستحقونه أو حتى لن يتبقى لهم شيئا .

شروط استحقاق فوائد التأخير :

مسألة أوليـة : استبعاد شرط اثبات الضرر :

٨٢ — تفترض فوائد التأخير أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود وذلك بصرف النظر عن مصدره . فاذا ما تحقق هـذا الفرض فانه لا يشترط لاستحقاق هـذه الفوائد ثبوت ضرر يلحق الدائن من جراء تأخر المدين فى سداد هـذا المبلغ . وعلى هـذا يجرى صراحة نص المـادة ٢٢٨ التى تقضى بأنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هـذا التأخير » [١] ويجد هـذا الاستبعاد تبريره فى خصوصيات الالتزام بمبلغ من النقود حيث يفترض دائمـا أن يصيب الدائن ضررا من جـراء تأخر المدين فى السداد : ان لم يكن فى خسارة لحقته فعلى الأقل فى كسب ضاع عليه هـو مقابل استثمار هـذا المبلغ . غير أن افتراض الضرر فى فوائد التأخير الاتفاقية لا يجعلها — مع ذلك — مجرد تطبيق محض لفكرة الشرط الجزائى ؛ لأن افتراض الضرر فى هـذا النظام الأخير افتراضا يقبل اثبات العكس حيث يكون بامكان المدين أن يتحلل من دفع قيمة الشرط الجزائى اذا استطاع أن يثبت أن الدائن لم يلحقـه ضررا من جراء التأخر فى تنفيذ الالتزام ؛ حين أن افتراض الضرر فى فوائد التأخير الاتفاقية هو — بالمقابلة — افتراض لا يقبل اثبات العكس [٢] .

٨٣ — فاذا ما كان استبعاد شرط اثبات الضرر على نحو ماتقدم . فانه يمكن تلخيص شروط استحقاق فوائد التأخير على النحو التالى :

---

(١) ويجرى على نفس النسق نص المـادة ١١٥٣ فقرة ٢ مـدنى فرنسى (المعدلة بقانون ٧ يناير ١٩٥٩) .

(٢) فى هـذا المعنى . د. السنهورى بنـد ٥٠٦ .

١ ـ المطالبـــة القضائية بالفوائد :

٨٤ ـ تشترط المـــادة ٢٢٦ مـــدنى لاستحقاق الدائن لفوائد التأخير : رفع دعوى للمطالبة القضائية بها . ولا تسرى هذه الفوائد الا من تاريخ هـــذه المطالبة . وفى هـــذا الشرط خروج على القواعد العامة التى تجعل المدين مسئولا عن التأخير من تاريخ اعذاره [1] . وينطلق هذا الخروج من كراهة المشرع لفكرة الربا . ولا يكفى فى هذا الشأن أن يطالب الدائن بأصل الدين ، أو بعبارة أخرى بتنفيذ الالتزام . فالفوائد لا تسرى الا من وقت المطالبة القضائية بهـــا بالذات .

ويتفرع على هـــذا الشرط أن فوائد التأخير لا تستحق للدائن اذا كانت صـــحيفة الدعوى باطلة ، أو كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصـــة ، أو كان قـــد اعترض سريان الخصـــومة ترك أو سقوط ، أو كانت قـــد انقضت بالتقادم . ذلك أن صحيفة الدعوى فى هـــذه الأحوال وان قامت مقام الاعذار ، الا أن هذا الأخير ـــ كما سبق أن ذكرنا ـــ غير كاف لاستحقاق فوائد التأخير .

ويثور فى الذهن تساؤل عن الحكم فيما لو كان الدائن لم يطلب فى عريضة دعواه الا أصل الدين وحده دون فوائده . فهل يجوز له أن يطلب أثناء نظر الدعوى الفوائد بدءا من وقت رفعها ؟ . البعض فى الفقه يجيز له ذلك [2] ، فيما يستخلص من حكم لمحكمة النقض المصرية أنها لا تأخذ بوجهة النظر هـــذه ، فقد قضت فى فرض تعديل المدعى لطلباته التى كان قـــد ضمنها صحيفة افتتاح الدعوى ، بأن الفوائد تسرى من تاريخ رفـــع الدعوى بالنسبة للمبلغ المطالب به فى صحيفة افتتاحها ،

---

(١) ويخالف القانون المصرى فى هذا الشرط ، القانون المدنى الفرنسى الذى يجعل فوائد التأخير تسرى من يوم الاعذار (م ١١٥٣ ـــ ٣ معـــدلة بقانون ١١ يولية ١٩٧٥) . وانظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (د. ١٩٨١ ـــ ٣٣٥ وتعليق شاباس) . ويرى بعض الشراح أن استلزام النص سابق الاشارة (قبل تعديله) رفع دعوى قضائية حتى حتى تسرى الفوائد ، لم يكن له من مبرر انظر : ديبوا وجوديميه ص ٣٩٠ .

(٢) فى هذا المعنى : د. احمد حشمت أبو ستيت بند ٦٠٨ .

واعتبارا من تاريخ تعديل الطلبات فيها بالنسبة لما جاوز هذا المبلغ (١) . ونحن ننضم لوجهة النظر الأخيرة ، بحسبانها أكثر تمشيا مع الروح العامة التي تسود ما وضعه المشرع من أحكام بخصوص الفوائد ، وهى كراهية الربا .

٨٥ — غير أن نص المادة ٢٢٦ سابقة الاشارة قد استثنى من شرط المطالبة القضائية بالفوائد ، فرض ما لو جرى تحديد تاريخ آخر لسريانها بموجب الاتفاق أو العرف التجارى أو نص القانون .

فيغلب أن يجرى الاتفاق الذى يحدد سعر الفائدة الاتفاقية على أن تستحق هذه الفوائد للدائن من وقت حلول أجل الوفاء بالالتزام . ويجرى العرف التجارى فى الحساب الجارى على استحقاق الفوائد من تاريخ الخصم أو الاضافة . كما أن هناك من النصوص التشريعية ما يحدد وقتا آخر لسريان الفوائد التأخيرية ، كما هو الحال فيما تقضى به المادة ٣/٨٠٠ من أن يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع . وما تقضى به المادة ٤٥٨ . من أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

٢ — أن يكون مبلغ الدين الذى تستحق عنه الفوائد ، معلوم المقدار وقت الطلب :

٨٦ — وليس يقصد بهذا الشرط — الذى يجرى عليه صراحة نص المادة ٢٢٦ مدنى — أن فوائد التأخير لا تسرى الا اذا كان هذا الدين خاليا من النزاع وقت المطالبة القضائية . ولا يعقل أن يكون ذلك هو قصد المشرع ، لأن فهمه على هذا النحو يجعل سريان الفوائد وهنا بمحض مشيئة المدين (٢) ، الذى يكفيه للحيلولة دون سريانها

---

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص ١٤١١ .

(٢) فى هذا المعنى : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٥٦ .

أن ينازع فى هـذا الدين . ولو فى جزء منه [١] .

كذلك . فان من غير المنطقى أيضا فهم هـذا الشرط فى معنى أن الدين يكون معلوم المقدار وقت الطلب لمجرد أن الدائن حـدد مبلغه فى صحيفة دعواه [٢] . ففهمه على هـذا النحو يجعل سريان الفوائد هـذه المرة رهنا بمحض مشيئة الدائن [٣] .

انما يقصد به ، فى الحقيقة ، ضرورة أن تتوافر من الأسس لتحديد مقدار هـذا الدين ما لا يبقى معه لقاضى الموضوع سلطة واسـعة فى التقدير [٤] . وهو ، على هـذا النحو يكون شرطا مفهوما ومبررا .

---

(١) وتعبيرا عن هذا المعنى : جاء فى حكم لمحكمة النقض ان « المنازعة فى المبلغ المطالب به ، كلـه أو بعضه ، ليس من شأنها اعتبار المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب . واذ كانت منازعة الطاعنة فى استحقاق المبلغ المطالب به ، وطرح الأمر على لجنة فض المنازعات ، وندب خبير لتحديد المبلغ المستحق ، ليس من شأنها ان يكون المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب ، فان الحكم المطعون فيه ، اذ اسند تاريخ استحقاق الفوائد الى يوم المطالبة القضائيـة ، ملتزما فى ذلك حكم المـادة ٢٢٦ .. لا يكون مخطئا فى تطبيق القانون » . نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص ١٤١١ ؛ وانظر ايضا نقض ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة ٢٧ — ٢٥٧ — ١٣٥٢ .

(٢) وقد فهمه الدكتور السنهورى ، على ما يبدو ، فى هذا المعنى . واستخلص من ذلك ان هذا الشرط ليست له اهمية عملية لان « الدائن يقدر حتما عند المطالبة المبلغ الذى يطالب به » . انظر بند ٥٠٥ .

(٣) فى هـذا المعنى د. سليمان مرقس ، ١٩٦١ بند ٦٤٠ ؛ وقـد جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أن التعويض المستحق للمالك مقابل نزع الملكية المنفعة العامة لا تستحق عنه الفوائد الا من تاريخ الحكم النهائى . ولا يغير من ذلك « تقدير الجهة نازعة الملكية للتعويض » وعرضه على المالك . طالمـا لم يقبل الأخير هـذا التقدير . حكم ١٩٧٦/٦/٢٢ المجموعة السنة ٢٧ رقـم ٢٦٤ ص ١٣٨٧ .

(٤) وقـد استقر قضاء محكمة النقض على هـذا المفهوم ، فقد جاء فى العديد من أحكامها ان « المقصود بمحل الالتزام معلوم المقدار هو — وعلى ما جرى به قضاء هـذه المحكمة — ان يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة ، لا يكون معها للقضاء سلطة فى تقديره » . انظر : نقض ١٩٧٩/٤/١٦ المجموعة السـنة ٣٠ رقـم ٢٠٧ ص ١١٨ ؛ ١٩٧٧/٢/٢٣ المجموعة ٢٨ — ٩٧ — ٥١١ ؛ ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة ٢٧ — ٢٥٧ — ١٣٥٢ ؛ ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة ٢٧ — ٣٤٠ — ١٨٥٧ ؛ ١٩٧٤/٢/٥ المجموعة ٢٥ — ٤٨ — ٢٨٥ ؛ ١٩٧٠/٤/٣٠ المجموعة ٢١ — ١٢٤ — ٧٦٧ .

لأن من غير العـادل . فى الحقيقة ، أن يتحمل المدين تبعة ما يقتضيه التقدير القضائى لمقدار الدين — فى الحالات التى لا تتوافر فيها هـذه الأسس — من وقت واجراءات : لا يد له بالفرض فيهما ، حيث تقتضى العدالة فى هـذه الحالة : ألا تبدأ الفوائد فى السريان على عاتق المدين من يوم رفع الدعوى . وانما من يوم صدور الحكم فيها . هذا الحكم الذى يتحدد به مقدار الدين ، ويكون . من ثم . من أبرز أمثلة الديون التى لا تسرى عنها الفوائد الا من يوم صدور الحكم [١] لعدم معلومية مقدارها وقت الطلب : على التحديد السـابق ، ديون التعويض عن الضرر الذى يصيب الدائن من فعل غير مشروع ، حيث السلطة الواسعة لقاضى الموضوع فى التقدير . وعلى الأخص بالنظر لمـا يتعين عليه أن يضعه فى اعتباره من الظروف الملابسة ، عند تقديره لهذا التعويض ، طبقـا لمـا تقضى به المـادة ١٧٠ مدنى [٢،٣] ، وبالمقابلة : فان تحـديد المبلغ

---

(١) بافتراض ان المضرور كان قد طالب بالفوائد ايضا مع المطالبـة بالتعويض . اما اذا لم يكن قد طالب بهـا ، فانه ، بعد صـدور الحكم بالتعويض ، ومن ثم تحديد مقداره ، يستطيع أن يرفع بها دعوى جديدة ، حيث يستحق الفوائد عندئذ من تاريخ رفع هذه الدعوى الجديدة . فى هذا المعنى أيضا : د. السنهورى بند ٥٠٥ ، د. البدراوى بند ٧٢ ، وقـرب د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٣ هامش ١ ، وقارن ، عكس ذلك ، وان المضرور يستحق فوائد التـأخير ليس من تاريخ رفع الدعوى الجديدة بالمطالبة بها ، وانما من وقت الحكم فى الدعوى الأصلية (دعوى التعويض) ، وذلك تأسيسا على أن الاعفاء من الاعذار فى حالة ما اذا كان محـل الالتزام تعويضا ترتب على عـمل غير مشروع (طبقا للمادة ٢٢٠ — ب) يتضمن الاعفاء من المطالبة القضائيـة بالفـوائد ، وهى — أى المطالبـة — ليست الا اعذارا من نوع خاص . د. سماعيل غانم بند ٥٦ ص ١٤٠ وهامش ٢ .

(٢) بل يبدو من الأعمال التحضيرية لنص المـادة ٢٢٦ ، ان المشرع كان يقصد بشرط معلومية المقـدار وقت الطلب ان يمنع بالذات « سريان الفوائد عن المبالغ التى يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع » . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٩ ، ص ٥٨٠ .

(٣) ولمـا كانت المـادة ٢/٧٠٩ تقضى بأن الاتفاق على اجرالوكالة — على خلاف تبرعيتها أصلا — يكون خاضعا لتقدير القاضى ، فقد استخلصت من ذلك محكمة النقض ، فى أحد احكامها ، أن فوائد أتعاب المحامى المتفق عليها قبل تنفيذ الوكالة ، انما تسرى من تاريخ الحكم النهائى بهذه الأتعاب حكم ١٩٧٤/٢/٥ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٤٨ ص ٢٨٥ .

الذى تنفذ به الوصية مثلا . انما يقوم على أساس ثابت لا تقدير للقاضى فيه . ومن ثم تستحق عن هــذا المبلغ فوائد التأخير من وقت المطالبة القضائية به . حتى ولو كانت التركة « التى ينفذ الموصى به من ثلثها . غير معلومة المقدار على وجه قاطع » [1] .

٣ — أن يكون المدين قد تأخر فى سداد الدين الذى رفعت الدعوى للمطالبة به وبفوائده :

٨٧ — وتشترط المــادة ٢٢٦ مدنى لسريان فوائد التأخير . فضلا عن ضرورة أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . أن يتأخر المدين فى الوفاء به . وهو شرط بديهى فى الحقيقة . ما دام أن فوائد التأخير لا تعدو أن تكون من قبيل التعويض . الذى يفترض حتى يستحق : خطــأ ينسب الى المدين . كل ما فى الأمر أن التأخير اذا كان يحسب على المدين فى القاعدة العامة من تاريخ اعذاره . الا أن الفوائد لا تستحق للدائن — على العكس — الا من وقت لاحق . وهو تاريخ المطالبة القضائية بهــا .

* * *

هل يمكن ان تستمر الفوائد الاستثمارية ، بعد حلول الأجل ، كفوائد تأخيرية؟

٨٨ — ويرى بعض الشراح أنه اذا ما حل الأجل الذى اشترطت الفوائد الاستثمارية كمقابل لانتفــاع المدين بالمبلغ النقــدى خلاله . ولم يسدد المدين هــذا المبلغ للدائن ، فان هــذه الفوائد تتحول الى فوائد تأخير . وتستمر فى السريان . لحين السداد ، بنفس سعرها الذى كانت محددة به اتفاقا [2] . فيما نرى ، مع البعض الآخر . أن الفوائد الاستثمارية تتوقف عند حلول أجل الوفاء بالدين . وأنه ما لم يوجد اتفاق مسبق على استمرارها كفائدة تأخيرية فلابد من المطالبة القضائية

---

(١) أنظر حكم نقض ١٩٦٢/٦/٢١ المجموعة السنة ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٣٧ .

(٢) من هذا الرأى : د. السنهورى بند ٥٠٩ . د. الصدة بند ٣٦ ، د. أنور سلطان بنــد ٧٨ ، د. البدراوى بنــد ٦٧ . وقرب د. محمــود جمال الدين زكي بنــد ٣٩١ .

لكى تسرى هـذه الأخيرة . وبسعرها القانونى . دون نظر الى القدر الذى كانت الفائدة الاستثمارية قـد تحددت به [(١)] .

الحالات التى يجوز فيها ، قانونا ، عدم التقيد بحدود فوائد التأخير :

الحالة الأولى : سوء نيـة الدائن (وسلطة القاضى فى خفض الفوائد أو عدم القضاء بها) :

٨٩ — ورد النص على هـذا الاستثناء فى المـادة ٢٢٩ مدنى حين قضت بأنه : « اذا تسبب الدائن . بسوء نيـة . وهو يطالب بحقه . فى اطالة أمـد النزاع . فللقاضى أن يخفض الفوائد . قانونية كانت أو اتفاقية . أو لا يقضى بها اطلاقا . عن المـدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » .

ويواجه هـذا النص فرض ما لو بدا للدائن أن من مصلحته عدم وفاء المدين بالتزامه كى يستمر ، لأطول فترة ممكنة ، سريان الفوائد التأخيرية عليه . وهو ما يتصور عملا حين يكون سعر الفائدة فى السوق منخفضا عن السعر الذى تسرى به الفوائد فى العلاقة فيما بينهما . فيعمد . فى سبيل ذلك ، الى اطالة أمد النزاع . كأن يعمـد الى انكار توقيعه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين حتى يضطر المدين الى اتبـاع اجراءات تحقيق الخطـوط ، أو يلجـأ الى دفوع غـير جدية ... الخ [(١)] . فاذا استطاع المدين اقامة الدليل على أن النزاع قـد طال دون مبرر . وأن الدائن كان سىء النية فى ذلك ، جاز للقاضى أن يخفض الفوائد أو حتى ألا يقضى بها كلية ، وذلك فقط عن المـدة التى طال فيها هـذا النزاع .

ويمكن فى الحقيقة تخريج هـذا الحكم على أسـاس من فكرة الخطـأ المشترك التى نصت عليها المـادة ٢١٦ مدنى حين قضت بأنه

---

(١) من هذا الراى : د. احمد حشمت ابو ستيت بند ٦٠٦ ، بلانيول وريبير ، اشار اليهما د. أنور سلطان ص ٨٦ هامش ٢ .

(٢) وفى تطبيقها لهذا النص ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه يكفى لجـوء الدائن فى المطالبة بحقه الى اجراءات لا طائل من بطئها . انظر فى تطبيق لذلك : حكم ١٩٧٣/٢/٨ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٣٠ ص ١٦١ .

« يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما . اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى احداث الضرر أو زاد فيه » .

الحالة الثانية : سوء نية المدين (وحق الدائن فى المطالبة بتعويض تكميلى) :

٩٥٠ — ورد النص على هذا الاستثناء فى المادة ٢٣١ التى قضت بأنه : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد : اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية (١) » .

ويمكن أن نمثل لهذه الحالة بفرض ما لو كان المدين يعرف أن الدائن بصدد ابرام صفقة رابحة بالنسبة له . يتوقف أمر ابرامها على حصوله على حقه من المدين ، فيعمد هذا الأخير الى تأخير السداد قصد تفويت هذه الصفقة عليه ، فتفوت فعلا . فى هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع أن يحكم بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد . بالشكل الذى يراه كافيا لجبر هذا الضرر ، غير متقيد فى ذلك بالقواعد التى نصت عليها المادة ٢٢٦ ، شريطة أن يثبت الدائن هذا الضرر وسوء النية من جانب المدين (٢) .

---

(١) ويقابل هذا النص فى فرنسا المادة ١١٥٣ — ٤ مدنى ، وان كانت حرفية صياغتها تشترط ان يكون الضرر الذى أصاب الدائن ، من سوء نية المدين ، ضررا مستقلا عن مجرد التأخير .

(٢) وقد اشترطت محكمة النقض المصرية ، فى احد احكامها ، للقضاء للدائن بتعويض تكميلى اعمالا للمادة ٢٣١ ، وفضلا عن سوء نية المدين - أن يكون الضرر الذى اصابه **استثنائيا** . وفى تقديرنا انها اذا كانت تقصد بهذه الصفة ضرورة أن تكون مجاوزة الضرر قيمة الفوائد مجاوزة صارخة ، فانها تكون بذلك قد فرضت على النص قيدا لم يقل به المشرع

اما القضاء الفرنسى فانه يتوسع ، على العكس ، فى تطبيق المادة ١١٥٣ — ٤ ، ويفسر سوء نية المدين فى معنى واسع ، مشبها به خطؤه المتميز La Faute caractérisée (أشار لهذا الاتجاه ستارك بند ٢٠٩٦) . كما يؤكد الفقه الفرنسى ، بدوره ، أن سوء النية التى يتكلم عنها هذا النص لا تعنى بالضرورة قصد الاضرار بالدائن « فيكون سيء النية من يرفض أن ينفذ التزامه حين يكون قادرا على ذلك » .
=

ويمكن تخريج هـذا الحكم . بدوره . على أساس من أن حرمان الدائن من التعويض التكميلى فى هـذه الحالة انما يعتبر بمثابة اعفاء للمدين من مسئوليته عن سوء نيته ؛ وهو أمر غير جائز [1] .

=

«être de mauvais foi, c'est refuser d'exécuter alors qui on est en mesure de la faire». J - MAZEAUD note D 1969 - 601.

وبالمقابلة ، اشترط مجلس الدولة الفرنسى لتطبيق هـذا النص على **الادارة** ، ان يكون سوء النية فى جانبها **مطـردا** systématique انظـر حكم فى ١٩٥١/٧/٢٨ (س ١٩٥٢ — ٣ — ٢٥ دعوى ١ ؛ وتعليق ماتيـو) .

(١) ويرى بعض الشراح الفرنسيين ان الزيادة التى يحكم بها القاضى فى هذه الحالة لا تعد من قبيل الفوائد التأخيرية ، انما هى تعويض حقيقى . انظر : ستارك بنـد ٢٠٩٥ .

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ
ووسائل الضمان (١)

تمهيد : فكرة الضمان العام ـ تقسيم :

٩١ ـ بعد أن اختفى تقريبا فى العصر الحديث نظام الاكراه البدنى أصبح لا يكفل حقوق الدائنين فى مواجهة مدينهم الا أموال هذا المدين • ويقال تعبيرا عن هذا المعنى أن للدائنين ضمانا عاما على جميع أموال مدينهم • وقد عبرت عن مبدأ هذا الضمان وأبرزت وجهى العمومية فيه المادة ٢٣٤ مدنى . حين قضت بأن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه • وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون » •

ويتضح من هذا النص أن عمومية هذا الضمان لها وجهان : فهو ضمان عام فى معنى أول أنه يرد على جميع أموال المدين التى تكون فى ذمته وقت تنفيذ الدائن بحقه ، حتى ولو كان قد اكتسب هذه الأموال فى تاريخ لاحق لتاريخ نشأة حق الدائن • حين لا يستطيع هذا الأخير ـ بالمقابلة ـ أن ينفذ على مال كان مملوكا للمدين وقت نشأة حقه ثم خرج من ذمته المالية بعد ذلك : اذ ليس للدائن العادى ما للدائن ذى التأمين الخاص ، من حق عينى على مال محدد للمدين يخوله تتبعه . ومن ثم حق التنفيذ عليه ، تحت أى يد يكون •

---

(١) استخدمنا نفس العبارة التى عنون به المشرع للفصل الثالث من الباب الثانى الخاص بآثار الالتزام . حيث عرض لكل من : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية ، ودعوى الصورية . تحت عنوان وسائل التنفيذ ، وللحق فى الحبس كاحدى وسائل الضمان ، ثم للاعسار فى المواد ٢٤٩ وما بعدها دون تصنيف له ، رغم ان هذه العبارة قد لا تكون دقيقة تماما ، كما سيتضح من دراسة هذا الموضوع .

وهو ضمان عام فى معنى ثان : أن جميع الدائنين متساوون فيه . لا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشأة حقه أو تريخ استحقاقه سابقا على ما لغيره من حق فى ذمة المدين . بحيث اذا لم تكف أموال المدين للوفاء بحقوق الدائنين جميعا . اقتسموا ما فى ذمته من أموال كل بنسبة حقه . اللهم الا اذا كان لأحدهم حق التقدم طبقا للقانون . بمقتضى ما له من تأمين خاص . كرهن أو اختصـــاص أو امتيـــــاز . يكفل له أولوية على سائر الدائنين الآخرين .

ويستخلص مما تقدم . وبخاصة من حيث ما أشرنا اليه من أن ضمان الدائن يرد على ذمة المدين المـــالية وقت التنفيذ ، أن هذا الضمان يمكن أن يتأثر تبعا لأثر تصرفات المدين : فيزيد قوة أو ضعفا حسبما يترتب على هذه التصرفات من زيادة أموال المدين أو نقصها .

ولمــا كان يخشى أن ينظم (أو يدبر) المدين اعساره : حقيقة كان هـــذا الاعسار أو ظاهريا ، أو يتسبب فيـــه على الأقل باهماله . بما يترتب على هـــذا أو ذاك من اضرار بالضمان العام للدائنين . يكون من المفهوم أن يخول القانون هؤلاء الدائنين من الوسائل ما يمكنهم من وقاية ضمانهم من الخطر . وتتمثل هـــذه الوسائل فى : الدعوى غير المباشرة .والدعوى البولصية ، ودعوى الصورية ، وشهر الاعسار . والى جانب هـــذه الوسائل ، نظم المشرع وسيلة خامسة . لا يقصد بها فى الحقيقة المحافظة على الضمان العام للدائنين جميعا . وانما هى تكفل لدائن . فى ظروف معينة ، ما يمكنه من الضغط على المدين لحثه على أن يفى له بحقه . وتعرف هـــذه الوسيلة بالحق فى الحبس .

ونعالج هـــذه الوسائل جميعا . كل فى مبحث على حـــدة . على النحـــو التالى .

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

L'action oblique

المقصـــود بهـــا (١) :

٩٢ — اذا كان تصرف المدين الايجابى الذى يخرج به أموالا من ذمته المـالية يؤثر فى ضـمان الدائن ولا شك ، فان مجـرد اهماله فى اقتضاء بعض حقوقه انما يكون له نفس الأثر بالنسبة لهذا الدائن . الأمر الذى يجعـل له مصلحة مشروعة فى أن يسعى من جانبـه الى استعمال حقوق هذا المدين بالنيابة عنه . وباسم هذا المدين (٢) .

٩٣ — وتختلف الوسائل التى يلجأ اليها الدائن فى هـذا الشأن تبعا لنوع المصلحة التى يراد الحفاظ عليها للمدين . فقد يقوم الدائن باتخاذ اجراء معين لمصلحة المدين كأن يقطع تقادما ما يسرى فى مواجهة هذا الأخير أو يسجل له عقدا اشترى به عقارا ... الخ ؛ وقـد يلجأ — وهـذه هى الصورة الغالبة — الى رفع دعوى نيابة عن مدينه على مدين المدين (كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشترى يطالبه فيهـا بدفع الثمن) ومن هنـا كانت تسمية هـذه الوسائل التى يدرأ بهـا الدائن آثار اهمال مدينه بالدعوى غير المباشرة أخذا بالأعم الأغلب .

شروطهـــا :

٩٤ — حددت هـذه الشروط المـادة ٢٣٥ مدنى حين قضت بأن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هـذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا

---

(١) راجع فى أصل هذه الدعوى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٥٨ .

(٢) وفى هذا المعنى ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية انه يجب رفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين ، ليكون للمحكوم به حقا له ، ويدخل فى عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه . نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة السـنة ٢٦ رقـم ١٦٥ ص ٨٤٤ ؛ وانظـر فى نفس المعنى : نقض ١٩٧٢/١/٢٠ المجموعة ٢٣ — ١٦ — ١٠١ .

أثبت أن المدين لم يستعمل هـذه الحقوق وأن عدم استعماله لهـا من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد فى هـذا الاعسار • ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى » •

ويتضح من هـذا النص أن بعض شروط هـذه الدعوى يتعلق بالدائن . وبعضها الآخر يتعلق بالمدين • فيمـا يتعلق البعض الثالث بالحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه • وذلك على التفصيل التالى :

أولا — الشروط التى تتعلق بالدائن :

٩٥ — لا يشترط فى حق الدائن سوى أن يكون محققا أو بتعبير آخر مؤكدا • حتى ولو كان هـذا الحـق غير معين المقـدار (كحق المضرور فى التعويض عن الفعـل غير المشروع) أو كان غير مستحق الأداء [١] كما لو كان مضافا الى أجل واقف •

كذلك لا يشترط — من ناحية أخرى — أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا [٢] لأن هـذه الدعوى ليست من اجراءات التنفيذ • ولا أن يكون حقه سابقا على حق المدين الذى يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة ؛ لأن الضمان العـام — كما سبق أن ذكرنا — انما يرد على جميع أموال المدين وقت التنفيذ •

---

(١) وعلى العكس من المـادة ٢٣٥ • لم يتضمن نص المـادة ١١٦٦ مدنى فرنسى اشارة صريحة الى عدم ضرورة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . لذلك يكاد ينعقد الاجماع فى الفقه والقضاء الفرنسيين على لزوم هذا الشرط ؛ حتى يمكن للدائن مباشرة هذه الدعوى . انظر فى هذا الاتجاه : مارتى ورينو بنـد ٦٨٨ ؛ جوسران بنـد ٦٦٩ ، كاربونييه بنـد ١٤١ ؛ ديبوا وجوديميه ص ٤٠٢ ؛ سـتارك بنـد ٢٥٦٣ ؛ وعكس ذلك : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٥٤ (انظر عرض لحجج الراى الراجح والرد عليها فى نفس البند من هؤلاء المؤلفين) ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٦٩ حيث يرى كفاية أن يصبح حق الدائن مستحق الأداء خلال الفصل فى الدعوى غير المباشرة التى يرفعها .

وفى القضاء : نقض (عرائض) ١٩٢٤/٣/٢٥ (د.ا ١٩٢٤—١—٢٨٢)؛ محكمة السين المدنية ١٩٣٦/١٠/٢٦ (د.ا ١٩٣٦ — ٥٦٤) .

(٢) أنظـر ، من تطبيقات القضـاء الفـرنسى : نقض (عرائض) ١٩٠١/٧/٨ (س ١٩٠٢ — ١ — ١١٣ وتعليق ليون — كين) ؛ استئناف ليـون ١٩٥٧/١٢/٢ (ر.ت ١٩٥٨ ص ٢٦٢ وملاحظات هنرى وليـون مازو) .

ولا يشترط — ونيابة الدائن عن مدينه انما يستمدها من القانون مباشرة — أن يحصل الدائن على اذن من القضـــاء باستعمال حقوق المدين •

وأخيرا . فانه لا يشترط لقبول هـــذه الدعوى أن يكون الدائن قـــد سبق أن أعذر مدينـــه مطالبا اياه بأن يستعمل ما له من حـــق فى مواجهة مدينه . والا استعمله هو بالنيابة عنه • وعلى الاعفاء من هـــذا الاجراء صراحة النص السابق • وهو اعفاء مفهوم فى الحقيقة . لاختلاف الهدف من الاعذار عن الهدف الذى يقصد اليه الدائن بمباشرة هـــذه الدعوى [١] •

انما لا يكفى — بالمقابلة — أن يكون حق الدائن مجرد احتمالى . ومن ثم فاننـــا نرى مع البعض [٢] : وخلافا للرأى الراجح [٣] : أن الدائن صاحب الحق المعلق على شرط واقف[٤] — وحقه مجرد حق محتمل طالمـــا أن نشأته معلقة على واقعة مستقبلة ؛ احتمالية . قـــد تتحقق وقـــد لا تتحقق — لا يستطيع أن يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينـــه •

صحيح أن المـــادة ٢٦٨ مدنى تجعل للدائن ذى الحق المعلق على شرط واقف ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقـــه • لكن

---

(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٥٤ • وانظر فى معنى عدم ضرورة هذا الاجراء أيضا : مارتى ورينو بند ٦٨٨ ، جوسران بنـــد ٦٧٠ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى • بند ٤٠٠ وبديهى ان الفقه الفرنسى الذى يشترط أن يكون حـــق الدائن مستحق الأداء • يشترط من باب أولى ان يكون مؤكدا ؛ ولا يكفى ان يكون معلقا على شرط واقف .

(٣) من هذا الرأى : د. السنهورى بند ٥٤٠ • د. احمـــد حشمت أبو ستيت بند ٦٢٧ ، د. انور سلطان بند ٩٣ • د. سليمان مرقس بنـــد ٦٦٤ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ٧٩ • د. الصدة بند ٥٠ • د. عبدالمنعم البدراوى بند ١٠٣ • د. جميل الشرقاوى بند ٢٨ ، د. عبد الودود يحيى بند ٤٤ ، د. اسماعيل غانم بند ٦٢ (رغم أنه يعبر فى البند ١٤٥ عن مركز الدائن فى فترة التعليق بأن له حقا محتملا) .

(٤) أما الدائن صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ • وحقه مؤكد خلال فترة التعليق ؛ فان بامكانه خلال هذه الفترة أن يستعمل هذه الدعوى.

الدعوى غير المباشرة هى أكثر من مجرد اجراء تحفظى [1] . هـذا الى أن هـذه الدعوى من الاجراءات الاستثنائية ، والنصوص الاستثنائية لا يجوز التوسع فى تفسيرها .

ثانيا : الشروط التى تتعلق بالمدين :

٩٦ — يشترط — من ناحية — أن يكون المدين مهملا فى استعمال حقوقه . وأن يكون هـذا الاهمال . من ناحيـة أخرى ، من شأنه أن يؤدى الى اعساره أو الى الزيادة فى هـذا الاعسار . فبهذين الشرطين يمكن ، بالفعل ، أن تكون للدائن مصلحة مشروعة تبرر تدخله فى شئون مدينـه .

(أ) اهمـال المدين [2] :

٩٧ — اذا لم يكن المدين مهملا ، بل حتى لو كان كذلك ثم نشط الى استعمال حقه . بعد أن يكون الدائن قـد رفع الدعوى ، لا يحق لهذا الدائن فى الفرض الأول أن يرفع الدعوى نيابة عنه ، ووجب عليه فى الفرض الثانى أن يمتنع عن السير فيها . وان جاز له أن يبقى خصما ثالثا ليراقب دفاع مدينه مخافـة تواطؤ محتمل بينه وبين مدين مدينه اضرارا به [3] .

ولمـا كان الاهمال على خلاف الأصـل ، كان على الدائن عبء اثباته . حين يكفيه لذلك أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقا كان ينبغى أن يستعمله . ولا يهم فى هـذا الشأن أن يكون عدم الاستعمال هـذا عن مجرد اهمال من المدين أم كان بسوء نيـة من جانبه .

---

(١) فى هذا المعنى ستارك بند ٢٥٦٣ .

(٢) انظـر من تطبيقات القضـاء لهـذا الشرط : نقض فرنسى ١٩٥١/٦/١١ (د. ١٩٥١ — ٥٨٦) ، نقض (تجـارى) فـرنسى ١٩٥٦/٣/٧ (ج. ك. ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٣٧٤) .

(٣) فى هذا المعنى نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ .

(ب) اعسار المدين بسبب هذا الاهمال أو زيادة اعساره (١) :

٩٨ — قد يكون المدين موسرا رغم اهماله ، وعندئذ لا يكون للدائن من مصلحة فى التدخل فى شئونه . انما تبرز هذه المصلحة على العكس اذا ترتب على هذا الاهمال اعسار المدين أو زيادة اعساره .

والعبرة هنا بمجرد الاعسار الفعلى الذى يتحقق حين تعجز أموال المدين عن الوفاء بجميع ديونه ؛ ما كان منها مستحق الأداء وما لم يستحق بعد ، اذ للدائن مصلحة مشروعة فى اللجوء الى هذه الدعوى حتى ولو كانت أموال المدين تكفى لوفاء ديونه الحالة وحدها أو بعبارة أخرى حتى ولو كان معسرا اعسارا قانونيا .

ويكفى لاثبات اعسار المدين — قياسا على ما ورد النص عليه فى خصوص الدعوى البولصية — أن يثبت الدائن مقدار ما فى ذمته من ديون حين يكون على المدين نفسه أن يثبت أن أمواله تكفى للوفاء بتلك الديون .

(ج) ادخال المدين خصما فى الدعوى (٢،٣) :

٩٩ — وهو شرط استحدثه التقنين المدنى الحالى واستغنى به عن شرط اعذار المدين . وهو فى الواقع تقنين لما جرت عليه العادة فى ظل القانون الملغى من أن يقوم الخصم بادخال المدين فى الدعوى (٤)

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط : نقض ١٩٥١/٦/١١ ، ١٩٥٦/٣/٧ سابقى الاشارة .

(٢) انظر نقض مصرى ١٩٧٧/٥/٤ سابق الاشارة .

(٣) والقضاء الفرنسى لا يستلزم هذا الشرط ، حيث لا نص عليه : انظر ، محكمة فالينس الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٠/١٢/١٤ (د. ١٩٦٠ — ٦١٩ وتعليق جوريه) . وانظر فى لزوم هذا الاجراء حين يضمن الدائن (المدعى) دعواه طلبا بالمبالغ المستحقة له فى مواجهة المدين الأصلى ، حيث أن الدائن هنا يقاضى ليس بالنيابة عن مدينه وانما ضده : نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ (ج.ك.ب. ١٩٧١ — ٢ — ١٦٦٧٥ وتعليق : بولان) . وانظر فى نفس المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٧٢ ، ستارك بند ٢٥٦٢ .

(٤) ويجرى العمل على ذلك فى فرنسا ايضا . اشار لهذا المعنى : جوجلار بند ٩٧٢ ، ومن تطبيقات القضاء انظر نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ سابق الاشارة .

اذا لم يكن الدائن قـد أدخله فيها . وذلك ليكون الحكم الذى يصدر فيها ساريا فى حقه ، أو بعبارة أخرى حجة فى مواجهته [١] .

ثالثا — الشروط التى ترجع الى الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه :

١٠٠ — لما كانت الدعوى غير المباشرة انما تهدف الى الحفاظ على الضمان العام للدائنين الذى يرد على ذمة المدين المالية ، وذلك توطئة للتنفيذ عليها ، وكان لا يصح من ناحية أخرى — والتدخل فى شئون المدين يعد خروجا على الأصل — أن يصل هـذا التدخل الى حـد اعدام حرية المدين فى ادارة أمواله ، كان من الطبيعى أن يكون نطاق الدعوى غير المباشرة محصورا ، فاذا كان الأصل أن من حـق الدائن أن يستعمل جميع حقوق مدينه ، الا أنه يستثنى من هذه الحقوق ما يأتى :

١ — الحقوق غير القابلة للحجز والتى تخرج بالتالى عن الضمان العـام (كالحق فى النفقة على سبيل المثـال) ، وذلك استثناء بدهى اذ لا مصلحة للدائن فى اسـتعمال هـذا النوع من الحقوق نيابة عن مدينه والفرض أنها اذا آلت الى هـذا الأخير فانه لن يستطيع مع ذلك التنفيذ عليهـا .

٢ — الحقوق غير المـالية ، حتى ولو كانت تؤثر فى الذمة المـالية للمدين بشكل غير مباشر ، كحق هـذا الأخير فى طلاق زوجته مهمـا كانت النتائج المـالية التى تترتب على هذا الطلاق كانقطاع التزام المدين بالنفقة الزوجية مثلا .

٣ — كذلك يخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة الحقوق والدعاوى المـالية التى تتأسس على اعتبارات أدبية يستقل المدين بتقديرها [٢] .

---

(١) فى هذا المدنى : ديبوا وجوديميه ص ٤٠٣ : كما يضيف البعض ان المدين — بذلك — لا يستطيع ان يزعم فيما بعد بأن حقوقه كانت قد اسىء الدفاع عنها . انظر مارتى ورينو بنـد ٦٨٨ .

(٢) أنظر ، من تطبيقات القضاء : نقض فرنسى ١٩٦٣/٦/٨ (ج.ك.ب ١٩٦٥ — ١٤٠٨٧ وتعليق سافاتييه ؛ (د. ١٩٦٤ — ٧١٣ وتعليق لامان). نقض ١٩٤٨/٦/٢٩ (د. ١٩٤٩ — ١٢٩ وتعليق بونسار) .

أو بتعبير آخر تكون متصلة بشخصه خاصة • كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة وحق المدين فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى •

٤ — ولا يجوز — كما سبق أن ذكرنا — أن يكون من شأن هـذه الدعوى أن تسلب المدين كل حرية فى التقـدير وفى تصريف شئونه • ولذلك يقـال — عادة — بأن الدائن لا يستطيع أن يستعمل ما للمدين من رخص [١](والرخصة هى الحـق الذى يتوقف نشوئه على اعلان ارادة من جانب الشخص) كأن يقبل هبة نيابة عن المدين أو أن يطلب الشفعة باسمه • ولا يستثنى من ذلك سوى رخصة التمسك بالتقادم المسقط أو المكسب حيث أجاز المشرع فى المـادتين ٣٨٧ . ٩٧٣ للدائن أن يتمسك بهما نيابة عن المدين •

ولكن اذا أصبحت الرخصة حقا حتى ولو كان ثبوت هـذا الحق نهائيا فى ذمة المدين يتوقف على ارادة هـذا الأخير ومشيئته . وهـو ما يسمى بالخيارات : كحق الموصى له فى قبول الوصية أو ردها . جاز للدائن أن يستعمل هـذا الحـق نيابة عن مدينـه [٢] فيقبل الوصية فى المثال السابق اللهم الا اذا كان الأمر يتعلق باعتبارات أدبية خاصة يستقل المدين بتقديرها فيكون القبول عندئذ من الحقـوق المتصـلة بشخصه خاصة • فلا يجوز للدائن أن يستعمله نيابة عنه •

* * *

١٠١ — وقـد اختلف الرأى ، فى البداية . فيما اذا كان يجوز للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة للطعن على العقد الذى أبرمه مدينه ، بالابطـال • لكن الرأى بدأ يستقر فى اتجاه جواز ذلك [٣] • وقـد قضت محكمة النقض الفرنسية فى هـذا الاتجاه . فى خصوص ابطال عقـد المدين لنقص أهليته ، مستندة الى أساس من أن مصلحة

---

(١) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ٩٦١ • مارتى ورينو بند ٦٨٧.

(٢) انظر عكس ذلك وعدم امكان استعمال خيارات المدين عن طريق هذه الدعوى : جوجلار بنـد ٩٦١ .

(٣) اشار الى التطور فى هذا الاتجاه : جوسران بند ٦٦٨ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٢٥٣ .

الدائنين المالية المعرضة للخطر فى هذا الفرض ترجح الاعتبارات الأدبية التى يقوم عليها الحق بالنسبة للمدين [1] . كما سارت محكمة النقض المصرية على نفس النهج بحكم أصدرته فى خصوص ابطال عقد المدين لعيب شاب رضاه [2،3] .

اثار الدعوى غير المباشرة :

١٠٢ — تقوم آثار الدعوى غير المباشرة كما عبرت عن ذلك المادة ٢٣٦ على فكرة النيابة القانونية للدائن عن مدينه [4] ولكنها — خلافا للأصل — نيابة مقررة لمصلحة النائب . وفى ضوء هذه الفكرة

---

(١) انظر نقض ١٩٢١/١/٥ (د. ١٩٢٤ — ١ — ١٣٣) ؛ وانظر عكس ذلك الاتجاه : نقض (عرائض ١٨٧٨/٣/٦) اشار اليه كولان وكابيتان بند ٢٥٣ .

وفى مصر لا يؤيد بعض الشراح ربط مسألة ما اذا كان بالامكان رفع الدعوى غير المباشرة من عدمه ، باجراء موازنة بين الاعتبارات الأدبية والاعتبارات المالية التى يقوم عليها الحق ، والانتهاء من ذلك الى جواز رفعها ان كانت الاعتبارات الأخيرة أغلب . ويرى وجوب الاكتفاء بمجرد قيام الاعتبار الأدبى حتى لا يكون استعمال الدعوى غير المباشرة جائزا للدائن ، حيث ان الموازنة سابقة الاشارة لن تخلو من تحكم . انظر : د. اسماعيل غانم ص ١٥٢ هامش ١ ، وانظر فى نفس المعنى : كوست ؛ تعليق (س ١٩٣٦ — ٢ — ٢٠٩) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥

(٣) وانظر فى معنى أن بالامكان رفع هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى اصاب المدين فى شخصه ، حيث أن مثل هذا الضرر يقلل صلاحيته للعمل ، ولا يقوم الحق فى تعويضه على اعتبارات ادبية تتعلق بالمدين ، جوجلار بند ٩٦٣ ، جوسران بند ٦٦٨ ، وانظر عكس ذلك : محكمة السين المدنية ١٨٧٩/١/٩ (س ١٨٨١ — ٢ — ٢١ وتعليق لابيه) .

وفى دعوى تتعلق بشخص استأجر شقة بعقد ايجار صحيح ، ثم وجد أحد الاغيار يشغلها دون سند قانونى ، رفضت محكمة السين المدنية أن يكون للمستأجر — دائن المؤجر بالالتزام بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة — الحق فى أن يحل محل هذا الأخير فى رفع دعوى الطرد ضد هذا الشخص . انظر حكمها فى ١٩٥٠/١٢/١٩ (ج.ب ١٩٥١ — ١ — ١٤٣) .

(٤) ويبدو ان هذه الفكرة هى التى كانت وراء حكم محكمة النقض الفرنسية ، الذى قضت فيه بأن رافع الدعوى غير المباشرة يمكن الاحتجاج عليه بورقة الضد الصادرة من كل من المدين ومدينه (المدعى عليه فى الدعوى غير المباشرة) . انظر نقض ١٩٨٢/١٠/١٢ (د. ١٩٨٣ — ا.ر — ٣٢) .

يمكن تحديد آثار هــذه الدعوى بالنسبة الى كل من المدين والخصم والدائن على النحو التالى :

(أ) بالنسبة للمدين :

١٠٣ — لمــا كانت النيابة لا تحرم الأصيل من حرية التصرف فى الحــق الذى أناب عنـــه غيره فى استعماله ؛ فان استعمال الدائن للدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه لا يترتب عليه غل يد هذا الأخير عن الحق الذى يستعمله الدائن باسمه • فيستطيع — كما يشاء — أن يستوفيه مثلا ، بل وحتى أن ينزل عنه • ولا يملك الدائن أن يعترض على هذه التصرفات الا بطريق الدعوى البولصية اذا توافرت شروطها • ومن هنا كانت ندرة اللجوء الى هــذه الدعوى فى العمل ، ما دام يفضل عليها من هــذه الزاوية نظام حجز ما للمدين لدى الغير الذى به ترتفع يــد المدين عن الدين المحجوز ولا يعد بامكان المحجوز لديه أن يفى به للمدين (المحجوز عليه) [١] •

(ب) بالنسبة للخصم :

١٠٤ — للخصم أن يدفع فى مواجهة الدائن رافع الدعوى بجميع الدفوع التى كان يمكنه أن يدفع بهــا فى مواجهة المدين (كالوفاء ، أو التجديد أو المقاصة) ، حتى ولو نشأ سببها بعد رفـــع الدعوى • كصلح تم بشأن الدين بين الخصم والمدين أو تنازل للخصم عن الدين •

(ج) بالنسبة للدائن :

١٠٥ — لمــا كان الدائن فى استعماله لحق مدينه لا يعدو أن يكون نائبا عنه فان حصيلة هــذه الدعوى انما تدخل فى ذمـــة المدين المــالية وتكون ضمانا لجميع دائنيه [٢] • فمبادرته لرفع الدعوى درءا

---

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٧٧ ، ٩٧٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/٤/٢٩ المجمــوعة السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ .

لاهمال المدين ومحاولته لتقوية الذمة المـالية لهـذا الأخير لا تعطى أية أفضلية له على غيره من سائر الدائنين الآخرين • وهـذا عيب آخر من عيوب هذه الدعوى من شأنه أن يقلل الى حـد كبير من أهميتها العمليـة •

المبحث الثانى

الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف) (١)(٢)

L'action Paulienne

الفكرة التى تقوم عليها :

١٠٦ — عرفنا أن الدعوى غير المباشرة انما تهدف الى المحافظة على الضمان العـام من سلبية مدين مهمل • أما الدعوى البولصية ، فتواجه على العكس موقفا ايجابيا من مدين ، يقصد به الى الاضرار بدائنيه لمـا يترتب عليه من اعساره أو الزيادة فى هـذا الاعسـار ، بما يتعين معه وجوب رد قصده السىء عليه وذلك بعدمنفاذ تصرفاته فى حقهم • والوسيلة الفنية لذلك هى الدعوى التى قررها المشرع لهؤلاء الدائنين والتى تعرف بالدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات• فكأن هـذه الدعوى تقوم — من ناحية — على فكرة الغش من جانب المدين ومن ناحية أخرى على فكرة الضرر فى جانب الدائن • وسوف نعرف من خلال هـذه الدراسة الى أى حـد هيمنت هاتين الفكرتين على شروط هـذه الدعوى •

---

(١) لم يعالج المشرع الفرنسى هذه الدعوى بالتفصيل الذى عالجها به المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الحالية ؛ بل اورد بشأنها مادة واحدة فقط هى المـادة ١١٦٧ التى اكتفى فيها بالقول بأن « للدائنين أن يطعنوا — باسمهم الشخصى — على التصرفات التى تتم من جانب مدينهم بقصد الغش اضرارا بحقوقهم » . ومن ثم فان للقضاء والفقه ؛ فى الحقيقة ؛ الفضـل فى استكمال هذا النقص ، والكثير من احكام هذه الدعوى استوحاه القضاء والفقه من تقاليد هذه الدعوى فى القانون الرومانى .

(٢) أنظر فى تاريخ هذه الدعوى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٢٥٦ ، مارتى ورينو بند ٦٩٨ .

شروطهـا :

١٠٧ — تتعدد شروط الدعوى البولصية فمنها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالمدين ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه •

اولا — الشروط التى تتعلق بالدائن :

١٠٨ — يشترط فى حق الدائن حتى يمكنه أن يستعمل هـذه الدعوى ، شرطان : أن يكون مستحق الأداء من ناحية وسـابق على التصرف المطعون فيه من ناحية أخرى • ولا أهمية بعد ذلك لمصدر حق الدائن ولا لمحله ولا ما اذا كان بيده سندا تنفيذيا أم لا •

(ا) استحقاق الدين :

١٠٩ — على خلاف الحال فى الدعوى غير المباشرة . لمـا كان الدائن هنا لا يقتصر على مجرد استعمال حقوق مدينه بالنيابة عنه . وانما يريد التوصل الى شـل آثار تصرفاته وعدم نفاذها فى مواجهته . كان من البديهى أن يتشدد المشرع فى شروط حـق الدائن الذى يمكنه أن يرفع هـذه الدعوى • ولذلك فلم يكتف فى اعطائها بأن يكون حـق الدائن محققا ، وانما استلزم أن يكون هـذا الحق قـد أصبح مستحق الأداء وبالتالى — بل ومن باب أولى — خاليا من النزاع •

وعلى ذلك فان الدائن بحق مضاف الى أجـل واقف [1] أو من

---

(١) ويبدو لبعض الشراح الفرنسيين ان حرمان الدائن بحق مضاف الى اجل واقف من رفع الدعوى البوليصية ، يتعارض مع شرط الاعسار . مستندين فى ذلك الى أنه : اذا ما اثبت الدائن بأجل اعسار مدينه ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، وجاز له من ثم رفع الدعوى البوليصية . انظـر كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٦ ، مارتى ورينو بنـد ٧٠١ .

أما فى مصر فليس هناك من تعارض : لأن الأجل ، فى مصر ، لا يسقط لمجـرد اعسـار المدين اعسارا فعليـا • وانمـا يجب ان يكون المـدين قـد أصبح معسرا اعسارا قانونيا . كما أن شهر الاعسار وقف فى القانون المصرى على حكم يصـدر به ، ولن يكون حتميا حتى فى حالة الاعسـار القانونى هـذه أن يستجيب القاضى لطلب شهر الاعسار ، فقـد لا يرى فى الظروف المحيطة بالمدين ما يستدعى هـذا الاجراء (انظر المواد ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ مدني مصري) •

باب أولى المعلق على شرط واقف [1] لا يستطيع أن يرفع هذه الدعوى، وذلك على العكس من الدائن صاحب الحق المقترن بشرط فاسخ أو بأجل فاسخ .

(ب) اسبقية حق الدائن فى نشأته على التصرف المطعون فيه [2] :

١١٠ — ويتعين ، من ناحية أخرى أن يكون حق الدائن سابقا فى وجوده على التصرف المطعون فيه . وقد بررت الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٣٧ هذا الشرط ، بأنه « بهذا الوضع يصح أن يتصور أن ضررا يصيب الدائن أو أن غشا يقع من المدين » [3] .

ولما كان هذا هو أساس اشتراط أن يكون التصرف المطعون فيه تاليا لوجود حق الدائن ، فانه اذا فرض وثبت أن المدين قد قصد بالتصرف الاضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه ، كان لهذا الدائن الطعن فى التصرف بالرغم من أسبقيته على تاريخ نشوء حقه [4] (ومثال ذلك : أن يبيع المدين بعض أمواله فى وقت يسعى فيه الى الاقتراض) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٩٥٧/١٢/١٨ (د. ١٩٥٨ — ٢٢٤ .

(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط : نقض فرنسى (عرائض) ١٩٠٥/٥/٣٠ (د. ١٩٠٥ — ١ — ٤٠٨) ؛ عرائض ١٩٤٦/٣/٦ (د. ١٩٤٦ — ٢٤٠) ، نقض (تجارى) ١٩٥٢/٥/١٤ (د. ١٩٥٢ — ٦٢٥ وتعليق رادوان) .

(٣) انظر الأعمال التحضيرية حـ ٢ ص ٦٢٢ ؛ وفى هذا المعنى ايضا : مارتى ورينو بند ٧٠٢ .

(٤) وحديثا قضت محكمة استئناف باريس بهذا الحل « حينما يكون الغش قد نظم مقدما بغية الاضرار بدائن مستقبل » . انظر حكمها فى ١٩٨٢/١/١٣ (د. ١٩٨٢ — أ.ر — ١٧٥) ؛ وفى نفس الاتجاه : نقض (عرائض) ١٩٣٩/١١/١٥ (د.أ. ١٩٤٠ — ٤٠) ؛ استئناف باريس ١٩٦٤/٢/١٠ (جـ.ب ١٩٦٤ — ١ — ٤٤١ فى الأسباب) ؛ نقض ١٩٢٨/١/٢٣ (د. ١٩٢٨ — ١ — ٨٦ وتقرير المستشار كولان) ؛ استئناف باريس ١٩٢٨/٧/٢٤ (س ١٩٢٩—٢—٩٧ وتعليق بيكينيون) ؛ محكمة ستراسبورج المدنية ١٩٥١/١١/٩ (د. ١٩٥٢ — ٣١٨) . وفى الفقه انظر : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٦ ؛ ستارك بند ٢٦٠٩ ؛ مارتى ورينو بند ٧٠٢ .

١١١ — ومن البديهى أن على الدائن عبء اثبات هذه الأسبقية • ولكن ما يجدر التساؤل بشأنه هو كيفية اثباتها •

١١٢ — يجب أن يلاحظ منذ البداية أن العبرة فى الأسبقية هى بتاريخ نشوء حق الدائن وليس بتاريخ استحقاقه [١] • وكذلك بتاريخ التصرف المطعون فيه وليس بتاريخ شهره اذا كان واجب الشهر [٢] •

١١٣ — ومن ناحية أخرى فان أمر كيفية هـذا الاثبات يختلف حسب مصدر حق الدائن • فاذا كان هـذا الحق قـد نشأ عن واقعة مادية كان له أن يثبت تاريخ نشوئه بكل طرق الاثبات • أما ان كان مصدره تصرفا قانونيا ولم يدرج هـذا التصرف الا فى محـرر عرفى فان القواعد العامة فى الاثبات تعتبر المتصرف اليه من المدين فى هـذه الحالة من الغير بالنسبة للتصرف الذى أنشأ حق الدائن ومن ثم لا يحتج به عليه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت سابق على التصرف المطعون فيه•

١١٤ — ويبدو أن المشرع قـد أراد أن يحيد عن هـذا الأصل • اذ ورد فى المذكرة الايضاحية — رغم عدم وجود نص يحسم هـذه المسألة — أن المشرع قـد قصد اغفال استلزام ثبوت التاريخ حيث أن « الدائن يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قـد احتاط من قبل لاثبات تاريخ سـند الدين » [٣] • بما يستفاد منه أن

---

(١) وتعبيرا عن هـذا المعنى تقول محكمة النقض الفرنسية انه يكفى ان يكون « منشأ حـق الدائن » pricipe de la créance سـابقـا على التصرف الذى يراد الطعن فيـه . انظـر من احكامهـا الحديثـة نقض ١٩٨٤/١/١٧ (د. ١٩٨٤ — ٤٣٧ وتعليق مالورى) ؛ وانظـر فى نفس المعنى : اسـتئناف فرسـاى ١٩٨٠/٤/٢٩ (د. ١٩٨١ — أ.ر — ١٤ وملاحظة فاسير) ؛ نقض ١٩٦١/٦/١٤ (ج . ب ١٩٦١ — ٢ — ٣٠٥) ؛ وعكس ذلك استئناف ليون ١٩٤٣/٢/١١ (ج.ك.ب ١٩٤٣ — ٢ — ٢٢٨٣ وتعليق كاربونييه) .

(٢) انظر عكس ذلك (فى خصوص هبـة) : نقض ١٩٤٢/١٠/٢٦ (ج.ك.ب ١٩٤٣ — ٢ — ٢١٣١ وتعليق بيكيه : ر.ت ١٩٤٣ ص ١٩٠ وملاحظة هنرى وليون مازو) .

(٣) الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٣٢ .

تاريخ المحـــرر العرفى المثبت لحـــق الدائن يكون حجة على المتصرف اليه (١) . الى أن يقيم الدليـــل على أنه قـــد قـــدم عمدا تواطؤا مع المدين للاضرار به •

١١٥ ـ هذا عن تاريخ التصرف المثبت لحق الدائن • أما تاريخ التصرف الذى يراد الطعن فيـــه بالدعوى البولصية . فمن المسلم به تقريبا فى مصر أنه يكون حجة على الدائن . الى أن يقيم الدليل على أنه قـــد قدم عمدا تواطؤا بين المدين والمتصرف اليه لحرمانه من امكانية الطعن بالدعوى البولصية ؛ وذلك تأسيسا على أن الدائن العـــادى ــ بموجب المـــادة ١٥ اثبات ــ لا يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفيـــة لمدينه (٢) •

---

(١) من هـــذا الراى : د. عبـــد الفتاح عبـــد الباقى بند ٨٩ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٥١ ؛ وقرب د. البدراوى بند ١٢٣ وعكس ذلك : ابو ستيت بند ٦٤٣ ؛ ويفرق البعض فى هذا الشأن بين ما اذا كان التصرف المطعون فيه ثابت التاريخ أو غير ثابت . حين يلزم فى الحالة الأولى فقط ان يكون تاريخ حق الدائن ثابتا : أنظر د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٨٥ ؛ ويرى البعض الآخر انه كان الأجدر بالمشرع أن يواجه الموضوع بنص صريح د. البدراوى بند ١٢٣ ؛ د. اسماعيل غانم ص ١٨٣ هـ ١ .

أما الفقه الفرنسى فيبدو أن الراجح فيه هو ضرورة أن تكون اسبقية حـــق الدائن بتاريخ ثابت : انظر : بلانيول وريبير ورادوان ﺟ ٧ بند ٩٥٧ ؛ جوسران بند ٦٩٦ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٦ ؛ مارتى ورينو بنـــد ٧٠٢ ؛ ستارك بند ٢٦٠٨ ؛ وفى القضاء : انظر فى هذا الاتجاه ايضا : استئناف اميان ١٩٦١/١٢/٧ (ﺟ . ب ١٩٦٢ ــ ١ ــ ملخص ٢) وعكس ذلك : اوبرى ورو (أشار اليهـــا مارتى ورينو ص ٧٢٥ هـ ١) ؛ واستئناف بورج ١٨٩٢/٧/١٨ (د. ١٨٩٢ ــ ٢ ــ ٦٠٩) ، وقـــد استندت فى ذلك الى أن ما يطلبه الدائن بالدعوى البولصية هو اثبات غش مدينـــه وتواطؤ المتصرف اليه ، والغش يجوز اثباته بجميع الطرق . انظر فى دحض هـــذا التأسيس جوسران بنـــد ٦٩٦ .

(٢) فى هـــذا الاتجاه : د. السنهورى بند ٥٨٤ ؛ د. انور سلطان بند ١٢٧ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٦١ بنـــد ٦٨٥ ؛ د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ٨٩ ؛ وانظر عكس ذلك : د. الصدة بنـــد ٦٤ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ٥١ ؛ ومن هـــذا الاتجاه العكسى ايضا كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـــد ٢٦٦ • .

ثانيا — الشروط التى تتعلق بالتصرف المطعون فيه :

١١٦ — لما كانت الدعوى البولصية تقوم على فكرة الغش من جانب المدين للاضرار بدائنه فان نطاقها بالتالى يجب أن يقتصر على تصرفات المدين التى يمكن أن تتضمن هذا المعنى وهو ما لا يصدق الا على التصرف القانونى [1] المفقر .

ا — تصرف قانونى :

١١٧ — يجب أن يكون ما صدر من المدين تصرفا قانونيا حتى يمكن للدائن الطعن فيه بالدعوى البولصية . أما الأعمال المادية حتى العمدية منها فان الدعوى البولصية لا تمتد اليها ولو ترتب على هذه الأعمال فى النهاية تحميل المدين بالتزامات ، لأن هذه الأعمال ، حتى فى حالة العمد لا يصدق عليها أن المدين قد قصد بها أساسا الاضرار بدائنه .

ويمكن استخلاص هذا الشرط من نص المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ مدنى حين نصت الأولى على أن « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ... الخ » . وحين تفرق الثانية بين ما اذا كان المدين قد تصرف بعوض أم تبرعا .

غير أنه يستوى بعد ذلك أن يكون هذا التصرف من جانبين (عقدا) أم عملا قانونيا من جانب واحد . كما يستوى كذلك أن يكون معاوضة أو تبرعا ، منشئا لالتزام أو مسقطا لحق ما دام يصدق عليه فى كل الأحوال أنه تصرف مفقر على ما سنرى .

---

(١) راجع فى امكان امتداد هذه الدعوى لتشمل اعمال التقاضى Les actes judiciaires من جانب المدين ، متى تمت بسوء نية . كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٣ ، ويقصدون بذلك فرض ما لو تواطأ المدين مع أحد الأشخاص ليرفع عليه دعوى لا يقدم فيها دفوعا جدية حتى يصدر الحكم فيها لمصلحة هذا الشخص ، ومن ثم اضرارا بالدائنين الآخرين . ولكنهم مع ذلك يرون أن الأمر هنا يتعلق بدعوى بولصية لها شكل خاص ، وهو شكل « اعتراض الخارج على الخصومة » .

(ب) تصرف مفقـر :

١١٨ — ويجب من ناحيـة أخرى : أن يكون هـذا التصرف القانونى مفقرا [١] . وهـو ما عبرت عنه المـادة ٢٣٧ بأنه تصرف « ضار » بالدائن .

١١٩ — ولا شك أن التصرف يكون مفقرا اذا كان من شأنه أن ينقص حقوق المدين باخراج أموال من ذمته . سـواء تم ذلك بدون مقابل كالهبة أو بمقابل تظل معه فكرة الاضرار بالدائن متوافرة كبيع مال بثمن بخس [٢] [٣] .

١٢٠ — غير أن معنى التصرف المفقر يتسع فى الواقع ليشمل بالاضافة الى التحـديد السابق التصرفات التى يزيد بهـا المدين من التزاماته (كقرض يصبح بمقتضاه مدينا للمقرض) ما دام أن العبرة فى النهاية بأثر تصرفات المدين على حق الدائنين فى الضمان العـام .

---

(١) انظـر فى معنى أن شرط اعسـار المدين بالتصرف الذى ابرمه او زيادة اعساره ، يغنى عن شرط أن يكون التصرف مفقرا . د. اسماعيل غانم بنـد ٧٠ .

(٢) فى هذا المعنى : كاربونييه بنـد ١٤١ ص ٥١٨ ، ستارك بنـد ٢٥٨٥ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٠٠/١/٣٠ (د. ١٩٠٠ — ١ — ١٦٦ ، فى شأن بيع بثمن بخس) ، نقض (عرائض) ١٩٠٣/٧/٢٠ (د. ١٩٠٤ — ١ — ١٩٦ فى شأن صلح مجحف بالمدين) .

(٣) وانظر فى معنى ان البيع ، ولو بثمن المثل ، يمكن الطعن فيـه بالدعوى البوليصية : نقض فرنسى ١٩٧١/٢/١٨ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٤ — ١٧٧) ، مارتى ورينو بنـد ٧٠٤ .

والميل فى الفقه والقضاء الفرنسيين على ما يبدو . الى توسيع مفهوم التصرف المفقر ، بحيث يشمل التصرفات التى يخرج بها المدين أموالا من ذمته ولو بقيمة مساوية لهـا ؛ ما دام ان هـذه القيمة يمكن ان تفلت من متابعة الدائنين بسبب سهولة اخفائها (كما هو الحال فى النقـود مثلا) او لأن الحجز عليها لايكون جائزا اويكون صعبا . انظر فىهذا المعنى : ستارك بند٢٥٨٦ ورادوان تعليق (د. ١٩٥٣—٦٢٥) . مارتىورينو بند٧٠٤؛نقض ١٩٦١/٦/١٤ (ج.ب ١٩٦١ — ٢ — ٣٠٥) ؛ نقض ١٩٧١/٢/١٨ سابق الاشارة . وتعبيرا عن هذا المعنى يقول ستارك : « انه يكون هناك اعسارا بالمعنى الضيق ، ليس فقط حينما تكون ديون المدين ازيد من حقوقه ، وانمـا أيضا حينما لا يكون بوسـع الدائنين (اى على أثر تصرف المدين) اقتضاء حقوقهم » . ستارك بند ٢٥٨٦ .

وبدهى أن هـذا الحق كما يتأثر بالتصرفات التى تنقص أموال المدين انما يتأثر كذلك بالتصرفات التى تزيد من التزاماته ما دام يترتب على هـذه أو تلك اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره •

ومن هنـا كان المشرع المصرى على حـق حين عالج فى التقنين الجديد عيبا تقليديا فى الدعوى البولصية . حيث كان تحديد التصرف المفتقر فى التقاليد الرومانية لهذه الدعوى يقتصر على ما ينقص حقوق المدين فقط ولا يتناول ما يزيد فى التزاماته [1] • وهكذا تعطى المـادة ٢٣٧ مدنى حق الطعن فى تصرف المدين « اذا كان التصرف قـد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته » •

١٢١ — لكن أيا كان اتساع فكرة التصرف المفتقر الا أنها لا يمكن أن تمتد الى ما يسمى برفض الاغتناء [2] بمعنى امتنـاع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته • اذ لا يسـوغ للدائنين فى هذين الفرضين التذمر من مسلك المدين ، ما دام أن تصرفه على هذا النحو لا يسلبه حقا كان له ، وكان يدخل بالتالى فى الضمان العـام لهؤلاء الدائنين ، ولا يثقله بدين جديد يضعف من هذا الضمان ، (ومثال رفض الاغتناء ، أن يمتنع المدين عن قبول هبـة) • وليس لهذه القاعدة من استثناء الا ما يقضى به القانون المدنى فى خصوص امتناع المدين عن التمسك بالتقادم وذلك لكسب حـق أو اسقاط التزام • فهذا الامتناع

---

(١) ولا يزال البعض فى فرنسا يقول بذلك : انظر كاربونييه بنـد ١٤١ ص ٥١٨ . ويشير بعض الشراح الى ان ذلك هو المعمول به فى فرنسا اخذا من تقاليد القـانون الرومانى ، وأساسه ان الاعسار المدنى ، على العكس من الافلاس التجارى ، لا يحرم المدين من حقـه فى ادارة امواله . انظر مارتى ورينو بند ٧٠٦ ، وراجع فى التحفظ على هذا الحل ، ومن ثم اخضاع التصرفات الجديدة التى تتم بتواطؤ تدليسى متميز ، بقصد الاضرار بالدائنين للدعوى البولصية ، مارتى ورينو ، الموضع السابق .

(٢) فى هذا المعنى ايضا : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٥ . ستارك بنـد ٢٥٨٧ ، مارتى ورينو بنـد ٧٠٤ ، وعكس ذلك أوبرى ورو تأسيسا على عمومية نص المـادة ١١٦٧ ، وعلى أن الأموال الجديدة التى سيغتنى بها الدائن سـوف تدخل فى الضمان العام للدائنين . اشار اليهما مارتى ورينـو ، الموضع السابق .

ـ والفرض أن التقادم مكسب أو مسقط لا يرتب أثره الا اذا تمسك به من يسرى لصالحه ـ لا يعدو أن يكون من قبيل رفض الاغتناء ، أى رفض انقاص الالتزامات (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المسقط) ؛ أو رفض زيادة الحقوق (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المكسب) . بما كان ليترتب عليه عدم امكان الطعن فيه بالدعوى البولصية ؛ ولكن المشرع نص فى المادة ٣٨٨ على أن النزول عن التقادم المسقط ؛ استثناء من القاعدة السابقة [١] . « لا ينفذ فى حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم » [٢] • ولما كانت المادة ٩٧٣ قد أحالت فى خصوص التقادم المكسب الى أحكام المادة ٣٨٨ سابقة الذكر ؛ فان هذا الاستثناء يمتد بدوره الى هذا النوع الأخير من التقادم •

١٢٢ ـ كذلك ، فان وصف التصرف المفقر الضار بالدائن لا يتسع لما يرد من التصرفات على ما لا يدخل من حقوق المدين فى الضمان العام للدائنين • كتصرف المدين فى حقوق أو أموال له مما لا يجوز الحجز عليها • اذ لا تعتبر التصرفات الواردة على أمثال هذه الحقوق مضرة بالدائنين ما دام الفرض أنهم لن يستطيعوا استيفاء حقوقهم منها • أو تصرفه فى حق من الحقوق وثيقة الصلة بشخصه [٣] ، كتنازله مثلا عن حق فى التعويض عن ضرر أدبى أصابه •

---

(١) أنظر فى معنى أن هذه الحالة تعتبر استثناء من قاعدة عدم امتداد الدعوى البولصية لرفض الاغتناء : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٥ .

(٢) ويفسر الفقه الفرنسى المادة ٢٢٢٥ مدنى فى هذا المعنى ايضا : أنظر مارتى ورينو بند ٧٠٤ (وان كانا يقولان انه من المشكوك فيه ان يكون الأمر فى هذه الحالة متعلقا بدعوى بولصية حقيقية) .

(٣) فى هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ٧٥ ، ومن الفقه الفرنسى : ستارك بند ٢٥٩٥ بلانيول وريبير ورادوان جـ ٧ بند ٩٤٧ ؛ بونسار (تعليق د. ١٩٤٩ ـ ١٣١) ، نقض فرنسى ١٩٠٢/٧/٢٨ (د. ١٩٠٣ ـ ١ ـ ٣٨٣) وعكس ذلك : كولان وكابيتان ، أوبرى ورو ، أشار اليهم ستارك ص ٧٨٧ هـ ٢٣ .

١٢٣ — ويبقى فى النهاية التساؤل عما اذا كان وصف التصرف المفقر الضار بالدائنين يتسع ليشمل تفضيل المدين لأحد دائنيه على سائرهم ؛ وذلك بأن يوفيه حقه دونهم أو يقرر له سببا من أسباب التقدم عليهم (كأن يرهن له مثلا مالا من أمواله) • ؟

كان هذا التساؤل بشقيه محل خلاف فى ظل التقنين القديم (١)• ذلك لأنه اذا كان من المتصور — من ناحية — افتراض الغش فى جانب المدين الذى يتجه الى ايثار أحد دائنيه على باقى الدائنين ؛ فان سلوك الدائن الذى يسعى الى استيفاء حقه أو الحصول على ضمان خاص تأمينا لهذا الحق لا يمكن — بالمقابلة — الا أن يكون سلوكا بقصد تحقيق غرض مشروع خصوصا اذا كان حقه قبل المدين مستحق الوفاء •

غير أن هذا السلوك رغم مشروعية القصد منه الا أنه سيترتب عليه فى الواقع الاضرار بالدائنين الآخرين فى النهاية ؛ ما دام أنه سيخل بمبدأ المساواة بينهم والى انقاص نسبة ما يحصل عليه كل منهم عند اقتسام أموال الدين الباقية قسمة الغرماء •

وقد رأى المشرع فى التقنين الجديد أن يواجه التساؤل السابق بشقيه فاعتبر ايثار المدين لأحد دائنيه بالوفاء أو الضمان الخاص من قبيل التصرفات المفقرة وأجاز الطعن فيه بالدعوى البولصية وذلك على النحو التالى :

١ — الوفاء (٢) •

١٢٤ — فرق المشرع بين ما اذا كان الدين الذى أوفاه المدين لأحد دائنيه مؤجلا أم مستحق الأداء • فى الحالة الأولى أعطى الوفاء

---

(١) اشار الى هذا الخلاف : د. السنهورى بند ٥٧٨ ؛ د. عبدالفتاح عبد الباقى بند ٩٣ ، د. الصدة بند ٦٠ .

(٢) وفى فرنسا يرى البعض أن الوفاء لا يمكن الطعن فيه بالدعوى البولبصية ولم تم بطريق الغش . أنظر فى هذا المعنى ، وفى مبرراته : كولان وكابيتان ودى لاموارنديير بند ٢٦٤ ؛ كاربونييه بند ١٤١ ص٥١٨ ا وهو=

حكم التبرع : وأجاز لبقية الدائنين الطعن فيه ، دون حاجة الى اثبات غش المدين أو تواطؤ الدائن . أما فى الحالة الثانية فقد أعطاه حكم المعاوضة فاشترط لامكان الطعن فيه اثبات الغش فى جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن .

١٢٥ — وينتقد البعض الحكم الذى أتى به المشرع للحالة الثانية . فطالما أنه لم يتم شهر اعسار المدين . وظلت بالتالى اجراءات التنفيذ الفردية ضده جائزة . فان مبادرة الدائن لاستيفاء دينه المستحق الأداء تعتبر أمرا مشروعا . هذا فضلا عن أنه اذا كان يسهل افتراض الغش فى جانب المدين الذى يسعى الى ايثار أحد دائنيه على سائرهم ، فانه على العكس لا يمكن تصور الغش فى جانب الدائن أو تواطؤه مع المدين اضرارا ببقية الدائنين . اذا كان لم يحصل بهذا الوفاء الا على ما هو مستحق له [١] .

٢ — الضمان الخاص :

١٢٦ — اذا كان المدين فى ترتيبه للضمان الخاص قد حصل

= يقول : ان من يفى دينه لا يفتقر وانما يغتنى) . وانظر مارتى ورينو الذين يقولان ان الأصل فى الوفاء عدم جواز الطعن فيه بهذه الدعوى : بند ٧٠٦ . وبوجه عام انظر :

Colombet : De la règle que l'action Paulienne n'est pas recevable contre les paiements. R.T. 1965 p. 5 et 5.

اما فى القضاء الفرنسى : فالميل هو الى امكان الطعن فى الوفاء بالدعوى البوليصية « متى كان قد تم على اثر غش مدبر قصد تسبيب ضرر غير مشروع للدائنين » . انظر نقض ١٩٤٥/٧/١٧ (د. ١٩٤٦ — س — ٢) . نقض ١٨٩٦/٧/٧ (د. ١٨٩٦ — ١ — ٥١٩) .

كذلك يقبل القضاء الفرنسى ، بسهولة اكبر ، الطعن بالدعوى البوليصية فى « الوفاء بمقابل » ، تأسيسا على ان اللجوء الى هذا النوع من الوفاء ليس ضروريا بالنسبة للدائن ، وان فرص الاضرار بالدائنين فيه تكون اكبر لأن المدين قد يفى بشىء من قيمة اكبر . أنظر من تطبيقات القضاء ، نقض ١٩٠٠/١/٣٠ (د. ١٩٠٠ — ١ — ١٦٦) ، استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٣ (ج.ك.ب ١٩٣٨ — ٢ — ٤٩٢ وتعليق دالان) ، نقض (عرائض) ١٩٤١/٢/٢٤ (ج.ك.ب ١٩٤٢ — ٢ — ١٩١٨ وتعليق بيكيه) . وانظر فى التأسيس سابق الاشارة : ستارك بند ٢٥٩٥ ، مارتى ورينو بند ٧٠٦ .

(١) فى هذا المعنى : د. محمود جمال الدين زكى بند

على مقابله من الدائن (كأن مـد له أجل الدين فى مقابل الرهن) كان تصرف المدين فى حكم المعاوضة . وجاز الطعن فيه بالشروط الخاصة للطعن فى هـذا النوع من التصرفات • وهى ضرورة الغش من جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن • أما اذا كان قـد قدم هـذا الضمان دون مقابل . أخذ تصرفه حكم التبرعات وجاز الطعن فيه دون حاجة لاثبات الغش أو التواطؤ • فاذا نجحت الدعوى البولصية ترتب عليها حرمان الدائن من الميزة التى قررها له المدين . وذلك بعدم نفاذ ضمانه الخاص فى مواجهة باقى الدائنين (م ١/٢٤٢) •

ثالثا — الشروط التى تتعلق بالمدين :

١٢٧ — فى ضوء الهدف من الدعوى البولصية وهو المحافظة على الضمان العـام للدائنين . بقصد استيفائهم كامل حقوقهم من ذمـة المدين المـالية : يمـكن رد الشروط التى تتعلق بالمدين الى شرطين : الاعسار والغش •

١ — الاعســار :

١٢٨ — ويقصد به هنا الاعسار الفعلى [١] ؛ على النحو الذى بيناه فى خصوص الدعوى غير المباشرة [٢] • فاذا تسبب تصرف المدين فى اعســاره ، بأن كان موسرا قبله ثم أعسر بسبب هـذا التصرف ؛ أو أدى الى زيادة اعساره بأن كان معسرا قبله فزاد التصرف من هـذا الاعسار : كان من حق الدائن أن يطعن فى هـذا التصرف بالدعـوى البولصية [٣] •

---

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

(٢) ولا يعد حجة فى نفى هـذا الاعسار ، القضاء برفض شـهر الاعسار لعدم توافر الاعسار القانونى للمدين . انظر فى هـذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٨ سابق الاشارة .

(٣) وترى محكمـة النقض الفرنسية ؛ انه يمـكن للدائن ان يطعن بالدعوى البوليصية ولو كان تصرف مدينه لا يؤدى الى **اعســاره** ، ما دام هـذا التصرف قد تعلق بمال محدد يشكل ضمانا خاصا للدائن (كعين مرهونة ضمانا لحق هذا الدائن) ، وذلك تأسيسا على ان غش المدين فى هذه الحالة، من شأنه أن يقلل فرصـة حصـول الدائن على حقـه . انظـر نقض =

ويظل التسبب فى الاعسار أو الزيادة فيه أمرا متصورا حتى ولو كان تصرف المدين معاوضة كأن يبيع بثمن بخس مثلا أو يشترى بثمن يفوق قيمة الشيء •

١٢٩ — على أنه يلزم من ناحية أخرى حتى يكون هناك من مبرر لتذمر الدائن أن تظل حالة الاعسار قائمة حتى وقت رفع الدعوى . لأنه اذا أصبح المدين موسرا فى هذا الوقت ولأى سبب ، لم يعد للدائن مصلحة فى رفع الدعوى البولصية للطعن فى تصرف كان قد أدى الى اعسار مدينه •

١٣٠ — هذا ويتعين على الدائن وفقا للقواعد العامة أن يقيم الدليل على اعسار المدين بالمعنى السابق • غير أن المشرع قد خفف من مهمته فى هذا الشأن حين لم يوجب عليه فى المادة ٢٣٩ « الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته — أى المدين — من ديون . وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » •

٢ — الغش :

١٣١ — لا يكفى أن يكون تصرف المدين قد أضر بالدائن لما أدى اليه من اعساره أو الزيادة فيه ، وانما يلزم أيضا أن يكون

= ١٩٨٠/١٠/١٥ (د. ١٩٨١ — ٣٤٨ وملاحظة فاسير) . وفى نفس الاتجاه: استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٣ (د. ١٩٣٩ — ١ — ٨١ وتعليق رادوان) • نقض (اجتماعى) ١٩٤١/١٢/١٩ (ج.ك.ب ١٩٤٢ — ٢ — ١٨٠٩ وتعليق بيكيه) •

بل قضى بامتداد الدعوى البوليصية لتشمل تصرف المدين فى مال محدد كان قد وعد الدائن ببيعه له (وبالمخالفة لهذا الوعد) : انظر : نقض (عرائض) ١٩٢٦/١/١٢ (د.ا ١٩٢٦ — ١ — ١١٦) ؛ وانظر ايضا : نقض عرائض ١٩٤٠/٨/٢٨ (س ١٩٤٠ — ١ — ١٠٣) ؛ نقض ١٩٤٨/٤/١٠ (ج.ب ١٩٤٨ — ١ — ٢٧٥ ، د. ١٩٤٨ — ٤٢١ وتعليق لينوان ، ج.ك.ب ١٩٤٨ — ٢ — ٤٤٠٣ وتعليق بيكيه ؛ ر.ت ١٩٤٨ ص ٣٤٥ وملاحظات هنرى وليون مازو ؛ ص ٣٤٩ وملاحظات كاربونييه) . وانظر فى **نقد** هذا التوسع مارتى ورينو بند ٦٩٩ .

المدين قد قصد بهذا التصرف الى هذه النتيجة . أو كما عبرت المادة ٢٣٨ ، أن يكون التصرف « منطويا على غش من المدين » .

ووفقا للقواعد العامة فى الاثبات . سيكون من المتعين على الدائن أن يقيم الدليل على هذا الغش . بمعنى أن يثبت أن المدين قد قصد بتصرفه الى التخلص من الوفاء بالتزامه فى مواجهة الدائن عن طريق انقاص ضمانه العام على أمواله . غير أنه نظرا لصعوبة هذا الاثبات فقد أقام المشرع فى المادة ٢٣٨ لمصلحة الدائن قرينة يكفى بمقتضاها « لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر » [1] . حين يتعين على هذا الأخير ، اذا شاء ، أن يدحض هذه القرينة اقامة الدليل على أنه بالرغم من علمه الا أنه كان لا يقصد بالتصرف الاضرار بدائنه وانما كان يحدوه فيه باعث مشروع (كحصوله على حاجاته الضرورية ، أو ترويج أمواله بهدف الوفاء بحقوق الدائنين مما تدره من ربح كان يتوقعه) .

* * *

١٣٢ — غير أنه اذا كان تصرف المدين معاوضة . فانه يلزم فى الواقع حماية المتصرف اليه حسن النية الذى لا يعلم شيئا عن مقاصد المدين (المتصرف) . لذلك تستوجب المادة ٢٣٧ لامكان الطعن بالدعوى البولصية فضلا عن غش المدين . أن يكون من صدر له التصرف « على علم بهذا الغش » [2] . وقد أقام المشرع فى هذه الحالة بدورها ، قرينة لمصلحة الدائن يعتبر بمقتضاها « من صدر

---

(١) والفقه الفرنسى لا يستلزم ، بدوره ، للقول بوجود الغش فى جانب المدين ، أن يكون هذا الأخير قد تعمد الاضرار بالدائنين ، وانما يكفى ، لذلك ، علم المدين بالضرر الذى سوف يسببه للدائنين نتيجة لما سيؤدى اليه تصرفه من اعساره او الزيادة فى هذا الاعسار . أنظر فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٥٩ . وفى نفس الاتجاه : استئناف مونبلييه ١٩٣٢/٧/٧ (د. ١٩٣٣ — ١ — ٩٧ وتعليق مارسيل ناس) .

(٢) ورغم أن المادة ١١٦٧ مدنى فرنسى لا تستلزم هذا الشرط ، الا انه شرط مسلم به فى الفقه ، أخذا بتقاليد هذه الدعوى فى القانون الرومانى . اشار لذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٠ .

له التصرف عالمـا بغش المدين . اذا كان قـد علم أن هـذا المدين معسرا »[١،٢] .

وهكذا يلزم فى المعاوضات . ونظرا لضرورة استقرار المعاملات . أن يكون هنـاك غشا من جانب المدين . وتواطؤا من جانب المتصرف اليـه[٣،٤] .

١٣٣ — أما اذا كان المدين قـد تصرف تبرعا فان من حق الدائن أن يطعن فى هـذا التصرف بالدعوى البولصية « ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا »[٥] (م٢٣٨ ٢).

والحكمة فى التفرقة الثانية بين التبرعات والمعاوضات . أن الغير الذى تعاقد بعوض مع المدين انما يسعى الى درء مغرم حين أن من كسب المـال تبرعا انما يسعى الى جلب مغنم . وقـد فضل الشارع مصلحة الأول على مصلحة الثانى تحقيقا للعدالة .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية . بأن استخلاص علم المتصرف اليه ؛ أن التصرف سبب اعسار المدين ؛ هو من الأمور التى تستقل بهـا محكمة الموضـوع . نقض ١٩٧٥/١٢/٨ المجموعة السنة ٢٦ رقـم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ .

(٢) أما فى فرنسا . حيث لا نص ، فان الفقه يرى أن عبء الاثبـات هذا يقع على الدائن . فى هـذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بنـد ٢٦٠ ؛ ومن تطبيقـات القضـاء نقض (عرائض) ١٩١٣/١/٦ (د. ١٩١٤ — ١ — ٤٠) . اذ قضت بضرورة أن يثبت أن المتصرف اليـه كان يعرف هو الآخر مركز المدين والعـواقب التى يمكن أن يسببها تصرفه للدائنين . وانظر ايضا : مونبلييه ١٩٣٢/٧/٧ سابق الاشارة .

(٣) انظر : نقض مصرى ١٩٧٣/١٢/٤ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٢١١ ص ١٢١٣ ؛ نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة ٢٢ — ٨٩ — ٥٦٥ ؛ وفى فرنسا نقض ١٩٨٣/١/٢٥ (د. ١٩٨٣ — أ.ر — ٣٠٦) .

(٤) وبديهى أن تقدير دليـل التواطؤ والعلم باعسار المدين . كشرط لعدم نفاذ تصرفه ؛ هو من المسائل التى تترك لمحض سلطة محكمة الموضوع التقديرية . فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

(٥) فى هذا المعنى ايضا : نقض فرنسى ١٩٨١/٤/٢٣ (د. ١٩٨١ — ٣٩٥) .

تصرف المتصرف اليه فيما تلقــاه من المدين :

١٣٤ — قــد يتصرف المتصرف اليه فى الشىء الذى آل اليه من المدين لشخص ثالث • فنكون بهذا الشكل أمام تصرفين :

تصرف من المدين الى متصرف اليــه أول . ثم تصرف من هــذا الأخير الى متصرف اليه ثان • وقــد واجه المشرع هــذا الفرض ونظم حكمه على أساس من ضرورة النظر الى كل تصرف على حدة . وما اذا كان هــذا التصرف معاوضـــة أم تبرعا ، ليتعين على الدائن أن يقيم الدليل على الغش والتواطؤ حسب ظروف كل تصرف • فتقضى فى هــذا الشأن الفقرة ٣ من المــادة ٢٣٨ بأنه « واذا كان الخلف الذى انتقل اليه الشىء من المدين قــد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر . فــلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف . الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قــد تصرف بعوض ، أو كان هــذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قــد تصرف له تبرعا » •

وهكذا يمكن تصور الفروض الأربعة التالية :

١ — أن يكون كل من التصرف الأول (فى العــلاقة بين المدين والمتصرف اليه الأول) والتصرف الثانى (فى العلاقة بين المتصرف اليه الأول والمتصرف اليه الثانى) معاوضة : عندئذ يتعين اقامة الدليل على الغش والتواطؤ فى التصرفين ، بمعنى أن يثبت الدائن غش المدين وعلم المتصرف اليه الأول وعلم المتصرف اليه الثانى بهذا الغش •

٢ — أن يكون كل من التصرف الأول والتصرف الثانى تبرعا عندئذ لا يشترط غش المدين أو المتصرف اليه الأول أو المتصرف اليه الثانى •

٣ — أن يكون التصرف الأول معاوضـــة والثانى تبرعا : وعندئذ يتعين على الدائن أن يثبت غش المدين وعلم المتصرف اليــه الأول ، ولا يلزم باثبات علم المتصرف اليه الثانى •

٤ — أن يكون التصرف الأول تبرعا والثانى معاوضة : وعندئذ لا يشترط اثبات غش المدين أو علم المتصرف اليه الأول ، وانما يلزم علم المتصرف اليه الثانى بأن المدين كان معسرا وقت تصرفه للخلف الأول •

آثار الدعوى البوليصية :

١٣٥ — ليس من الدقة أن توصف هذه الدعوى بأنها دعوى ابطال [١] [٢] التصرفات الصادرة من المدين اضرارا بدائنيه ، ما دام أن البطلان هو وصف يلحق تصرفا قانونيا لم يستكمل الشروط التى يستلزمها القانون لقيامه . حين أن التصرف الذى يطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية هو تصرف صحيح تماما بين طرفيه وكل ما يقصده الدائن من هذه الدعوى هو اعتباره من الغير فى خصوص هذا التصرف حتى لا يحتج به فى مواجهته •

ومن هنا جاءت تسمية هذه الدعوى بأنها دعوى عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن • لأنه فيما عدا هذا الأثر يبقى التصرف قائما بين طرفيه (المدين والمتصرف اليه) •

١ — عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن :

١٣٦ — يترتب على نجاح الدعوى البولصية عدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهة الدائن • فيبقى لهذا الأخير الحق فى التنفيذ على المال موضوع التصرف ، كما لو كان لم يخرج من ذمة المدين المالية •

---

(١) وممن رأوا فى هذه الدعوى دعوى بطلان ، وان كان من نوع خاص : جوسران بند ٧٠٤ — كذلك استخدمت محكمة النقض المصرية هذه اللفظة فى احد احكامها ، وبصدد هذه الدعوى : انظر نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص ٥٦٥ .

(٢) راجع فى طبيعة هذه الدعوى :

J — ACHER : Essai sur la nature de l'action paulienne. Rev. trim. 1906 p.

مارتى ورينو بند ٧١٩ الى ٧٢٢ ، ستارك بند ٢٥٨٢ ، و د. السنهورى بند ٥٩٩ ، د. أبو ستيت بند ٦٤٥ ، د. الصدة بند ٥٦ ، د. البدراوى بند ١١٣ .

غير أن هـذه النتيجة وفقا للمادة ٢٤٠ مدنى لا يستأثر بهـا الدائن رافع الدعوى وحده [١] ، لأنه بموجب هذه المـادة « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هـذا التصرف اضرارا بهم » [٢] • ولعل ما قررته هـذه المـادة ؛ بالمخالفة لقـاعدة نسبية أثر الحكم ، يقضى على جانب كبير من الأهمية العملية للدعوى البولصية طالمـا أن الدائن الذى يتحمس الى رفعها ، يعـلم منذ البداية أنه لن يستأثر بحصيلتها وانما سيشاركه فيها من لم يقتسم معه من الدائنين الأخيرين مشقة رفعها • على أن يكون من المفهوم أننا نقصد بالدائنين الآخرين فى هـذا الصدد . الدائنين الذين توافر فيهم شروط رفـع الدعوى البولصية ، بمعنى الذين نشـأت حقوقهم قبل التصرف المطعون فيه •

٢ — بقـاء التصرف صحيحا فيما بين المتعاقدين [٣] :

١٣٧ — فيما عدا الأثر السابق يظل التصرف قائما صحيحا بين طرفيه ، المدين والمتصرف اليه • وتفريعا على ذلك :

(أ) يكون الباقى من ثمن الشىء بعـد التنفيذ عليه (اذا كان موضوع الدعوى البولصية الطعن فى عقد بيع) من حق المتصرف اليه (المشترى) ، لا المدين (البائع) •

---

(١) انظر **عكس ذلك** ، وتطبيقا لمبدأ نسبية اثر الحكم : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٢٦٨ ، وانظـر ايضا : جوسران بنـد ٧٠٢ ، نقض ١٩٢٣/١٢/٤ (د.ا ١٩٢٤ — ٢٢ ، س ١٩٢٤ — ١ — ٢٥٤ وتعليـق كولان) .

(٢) ويشـير جوسران (بنـد ٧٠٢) الى ان البعض فى الفقه وبعض احكام القضاء ، كان يأخذ بهـذا الحل ايضا • وذلك قياسا على الدعوى غير المباشرة ، وتأسيسا ايضاً على فكرتى الوكالة والفضـالة . فى معنى ان الدائن رافع الدعوى البوليصية يكون قد تصرف كوكيل او فضولى عن باقى المدينين . ويذكر ان هـذا الاتجاه اصبح مهجورا : فالدعوى البوليصية ، على العكس من الدعوى غير المباشرة ، انمـا ترفع باسم الدائن شخصيا • ولأن نيـة تمثيل الدائنين الآخرين لا تكون فى الواقع لدى الدائن رافـع هـذه الدعوى .

(٣) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٢/٦/١٣ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص ١١٠٥ .

(ب) للمتصرف اليه أن يرجع على المدين بجميع الدفوع الناشئة من العقد الذى يربطه به • فله مثلا أن يطلب الفسخ بالنظر الى ما أدت اليه الدعوى البولصية من عدم تنفيذ العقد • كما يستطيع — اذا كان التصرف الصادر من المدين بيعا — أن يرجع عليه (مثلما يرجع كل مشترى) بضمان الاستحقاق ؛ وقد ترتب على الدعوى البولصية انتزاع المبيع من تحت يده •

(ج) للمتصرف اليه ، وقد استوفى الدائن حقه من ماله ، أن يرجع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب •

٣ — تخلص المتصرف اليه من الدعوى :

١٣٨ — ويبقى أنه « اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بايداعه خزينة المحكمة » (م ٢٤١) • ولا يعدو ما قرره المشرع بهذا النص أن يكون فى الواقع تطبيقا لمبدأ لا دعوى حيث لا مصلحة لأن الدائن ؛ وقد أعاد من تلقى الحق من المدين ذمة هذا الأخير المالية لوضعها الأصلى ؛ بمعنى أعاد الضمان العام الى ما كان عليه قبل التصرف المطعون فيه لا يكون له من مصلحة فى الاستمرار فى هذه الدعوى •

تقادم الدعوى البوليصية :

١٣٩ — ولما كان امكان الطعن على تصرف المدين بالدعوى البولصية ؛ يجعل نفاذه مهددا ؛ وكان من غير المقبول أن يبقى هذا التهديد قائما لمدة طويلة ؛ فقد حدد المشرع لسقوط هذه الدعوى بالتقادم ؛ مدة قصيرة ، هى ثلاث سنوات ، تحسب من اليوم الذى يعلم [١] فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف [٢] • وبحد أقصى ،

---

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٧٧/١/١١ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٤٦ ص ١٩٤ •

(٢) وبديهى أن علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، لا يفترض ، ومن ثم فان على من يتمسك بهذا الدفع ، أن يثبت هذا العلم وتاريخه ، ولايكفى اثبات علمه بحصول التصرف . فى هذا المعنى نقض ١٩٧٩/١٢/٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ١٧١ .

فى جميع الأحوال : خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه • (م ٢٤٣) •

المبحث الثالث
دعوى الصورية (١)(٢)

Action en déclaration de Simulatiion

تمهيـــد :

• ١٤٠ — اذا كان المشرع قـد كفل للدائنين الحق فى رفع الدعوى غير المباشرة لمواجهـة موقف سلبى من جانب مدين مهمل : والدعوى البولصية لحماية ضمانهم العـام من جراء موقف ايجـابى من مدين سىء النيـة قصد بتصرفه الاضرار بهم . فان الضمان العام للدائنين لا يزال يتصور تأثره من جراء اصطناع المدين لمظهر تصرف غير جدى ، لو لم يعلم الدائن حقيقته لأثر رغم مظهريته . على ضمانه العام • هذا المظهر الكاذب الذى يخفى حقيقة تصرف المدين هو ما يعرف بالصورية•

ولذلك ، ولاحكام الحفاظ على الضمان العـام : خـول المشرع الدائنين الحق فى الكشف عن حقيقة هـذه المظاهر الكاذبة : وذلك برفع دعوى الصورية •

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : احمـد مرزوق : فى نظرية الصـورية فى التشريع المصرى . رسالة القاهرة ١٩٥٨ ؛

ROCHET (E) : La simulation en droit civil en en droit fiscal. These Toulouse 1906, Bredin (J.D.) : Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé. R.T. 1956 p. 261 - 289 ; DAGOT (M) : La simulation en droit privé 1967 ; PLANIOL (M) : De l'action en déclation de cimulation. R. crit 1886 p. 622 - 642 No 9 ;

(٢) عالج المشرع الفرنسى ، الصورية ، فى المـادة ١٣٢١ ، فى الباب المخصص للاثبات بحسبانها من مسائله ، ناظرا فى ذلك الى ورقة الضـد كمحرر لاثبات صورية العقد الظاهر . راجع فى نقد هـذا المنهج (على أساس من ان الأمر يتعلق فى الحقيقة بآثار العقـد) : جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨١٢ .

غير أنه يجدر التنويه ؛ بأن المدين ؛ فى اتجاهه الى اخفاء حقيقة تصرفه ؛ قد لا يقصد بذلك الاضرار بدائنيه وانما يقصد [1] باعثا مشروعا . كما أن الصورية بذاتيا لا تعتبر سببا لبطلان التصرف القانونى [2] ؛ اذ من حق الأفراد أن يخفوا حقيقة ما اتفقوا عليه تحت أى مظهر مخالف ؛ شريطة ألا تكون هذه الحقيقة مخالفة للنظام العام أو الآداب [3] . وعندئذ يكون من المتصور أن يلجأ أحد أطراف هذا التصرف الصورى الى رفع دعوى صورية . للكشف عن حقيقة التصرف [4] .

وهكذا يجب أن يكون من الواضح أن الصورية نظرية عامة ؛ وأن دعواها لا تقتصر على مجال حماية الضمان العام للدائنين .

تعريف الصورية — وانواعها :

١٤١ — يمكننا تعريف الصورية بأنها اخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر مصطنع [5] أو فى عبارة أخرى ؛ اصطناع مظهر كاذب عند ابرام تصرف قانونى واخفاء هذا التصرف تحت هذا المظهر .

---

(١) كما لو أراد مثلا ان يهب لشخص ، سبق ان أسدى اليه معروفا ، دون أن يستثير بتبرعه له حفيظة اقربائه ؛ فيستر الهبة ، مثلا ، تحت ستار عقد بيع .

(٢) فى هذا المعنى : روشيه ص ٣١ . وبعض القوانين المقارنة (كالقانون الالمانى ؛ والايطالى ؛ والأسبانى ؛ والبرتغالى والسويسرى) تقرر هذا المبدأ صراحة : اشار لذلك داجو ص ١٧٤ بند ١٧٢ .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٢٧٤ .

(٤) انما يلزم فى هذه الحالة ؛ وكما اكدته محكمة النقض المصرية أن يكون الطعن بالصورية صريحا جازما فى معناها . هذا المعنى الذى لا يفيده — مثلا — مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال « لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما » ؛ « لأن الصورية انما تعنى عدم قيام المحرر اصلا فى نية عاقدية . أما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد ، ومن قيام الرغبة فى احداث آثار قانونية له » . نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ .

(٥) ويعرفها كاربونييه بأنها « كذب مدبر بين المتعاقدين »
«Un mensonge concerté entre les contractants»
ص ١٢٧ بند ٣٩ .

وقـد يتصل الاخفـاء بالتصرف ذاته ، وقـد يرد على أطراف هـذا التصرف • وفى النوع الأول تتدرج الصورية من النسبية الى الاطلاق ، فقد لا تحجب الا جزءا من حقيقة التصرف ، وقد تكون مجرد مظهر مصطنع لتصرف لا وجود له فى الحقيقة • وهكذا يمكن التمييز بين عدة أنواع من الصورية على النحو التالى :

١ — صورية مطلقة ترد على التصرف ذاته :

١٤٢ — حين يتفق العاقدان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه ارادتهما اطلاقا اليه • أو فى عبارة أخرى ، حين تنعدم الحقيقة كلية وراء هـذا المظهر الكاذب [1] • ومثالها : حالة المدين الذى يريد تهريب بعض أمواله من ضمان الدائنين ، فيتفق مع شخص آخر على اصطناع مظهر عقد بيع لهذه الأموال حين أنهما فى الحقيقة لم يقصدا الى هـذا البيع ، وبالتالى لم يقبض المدين ثمة شىء من ذلك المشترى الصورى • وعادة يحتاط المدين لنفسه فى مواجهة هذا الأخير فيستكتبه اقرارا يسمى ورقة الضد Contre — lettre بأن هـذا البيع لا وجود له فى الحقيقة •

٢ — صورية نسبية ترد على تكييف التصرف :

١٤٣ — حـين تتجـه الارادة الحقيقية للمتعاقدين الى ابرام تصرف معين ولكنهما يتفقان على ستره تحت تصرف آخر يختلف عنه فى الطبيعة ، ومثالها : أن يستر المتعاقدان عقد الهبة فى صورة بيع ؛ وذلك مثلا بقصد جعل استعمال الدعوى البولصية أكثر صعوبة ومشقة على الدائنين •

---

(١) وتطبيقا لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية ، بأن العقـد الصورى صورية مطلقة لا وجود له ، ومن ثم فلا محل لتوجيه طلب الشفعة الى المشترين فى هذا العقد فى ١٩٧٠/٤/١٤ المجمـوعة السنة ٢١ رقم ٩٩ ص ٦١٨ ، كما قضت بأن قاعدة الأسبقية فى التسجيل لا مجال لاعمـالها اذا كان أحد العقدين صوريا صورية مطلقة فى ١٩٧٠/٥/٢١ المجموعة ٢١ — ١٤٢ — ٨٨٦ •

٣ ــ صورية نسبية ترد على شرط فى العقد :

١٤٤ ــ كأن يذكر المتعاقدان فى عقد البيع ثمنا مخالفا لما اتفقا عليه فى الحقيقة • اما بالنقص ، للتهرب من رسوم التسجيل مثلا أو بالزيادة لاعاقة الشفيع مثلا عن التمسك بالشفعة •

٤ ــ صورية ترد على احد أشخاص التصرف :

١٤٥ ــ ويطلق على هذا النوع من الصورية اصطلاح « التسخير » (١) (٢) • حين يتفق العاقدان على اخفاء شخصية أحدهما وراء شخص آخر اذا كان القانون يمنع ذى الشخصية المخفية من ابرام تصرفات معينة بسبب صفته • فالمادة ٤٣١ مدنى على سبيل المثال ــ تمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ، والتى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها • عندئذ ، قد يعمد المتعاقدان ــ تحايلا على هذا النص ــ الى اخفاء شخصية المشترى (عامل القضاء) تحت ستار شخص آخر يتم تسخيره لهذا الغرض •

على أن التسخير ، الذى يفترض أن تكون حقيقته الشخصية المستورة معلومة للمتعاقد الآخر ، يختلف فى الواقع عما يسمى « بالاسم المستعار » (٣) حين تختفى شخصية المتعاقد الحقيقى خلف شخصية

---

(١) L'interposition de personnes.

(٢) راجع فى هذا الموضوع : الصورية بطريق التوسط (دراسة لفكرة تسخير الأشخاص فى المعاملات القانونية) ، بحث على الآلة الكاتبة ، للمؤلف ؛

BOURGUIGNON (P) : Notion juridique de l'interposition de personne Thèse Paris 1960 ; DAGOT (M) : Interposition de personne (Encyclopédie - Dalloz). T. 4 2éd ; JAUBERT (M) : De divers cas d'interposition de personne. R. crit. 1905 p. 156 - 175.

(٣) prét - nom ، انظر فى تفاصيل التفرقة بينهما : بحث المؤلف ، سابق الاشارة ، الصفحات من ٢٥ ــ ٣١ •

آخر يتعاقد مع الطرف الثانى فى العقد : الذى لا يعلم بحقيقة شخص الطـرف الأول (١) .

مفترضات الصورية (٢) :

١٤٦ — ويبدو مما تقدم أن هناك أمورا أربعة يجب توافرها حتى تتحقق الصورية : فيجب — أولا — أن يكون هناك عقدان . عقد حقيقى اتجهت اليه ارادة الطرفين وعقد صورى . ويجب — ثانيا — أن يختلف العقـدان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط . ويجب — ثالثا — أن يتعاصر العقدان بمعنى أن يتما فى وقت واحد : والا كان اللاحق منهما بمثابة تعـديل للسابق (٣) . على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنـا بالمعـاصرة الذهنيـة (٤) التى تتحقق اذا اتفق على الصورية وقت ابرام العقد الأول حتى ولو حررت ورقة الضد فى تاريخ لاحق . كما يجب — رابعا وأخيرا — اخفاء التصرف الحقيقى وابراز التصرف المصطنع .

شروط دعوى الصورية التى يرفعها الدائن للحفاظ على الضمان العام :

١٤٧ — اذا أراد الدائن (٥) أن يرفع دعوى الصورية كوسيلة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن الاسم المستعار يكون ملتزما شخصيا وبشكل مباشر . فى مواجهة من تعاقد معه بهذه الصفة . حتى ولو كان هذا المتعاقد الآخر يعلم بهذه الصفة . نقض (تجارى) ١٩٨٢/٤/٢٦ (د. ١٩٨٢ — أ.ر — ٣٥٢) .

(٢) انظر فى التفرقة بين الصورية وبين بعض الأنظمة التى قد تقترب منها ، وبالأخص عيوب الرضا (الغلط والتـدليس) ، والغش ، والتحفظ الذهنى ، والتكييف الخاطىء . بحث المؤلف سابق الاشارة ، الصفحات من ١٣ — ٢٥ .

(٣) فى هذا المعنى : ستارك بنـد ١٦٩١ .

(٤) فى هـذا المعنى : د. السنهورى بند ٦١٤ ، د. عبد الفتـاح عبد الباقى بند ١٠٤ ، وقرب : ستارك بند ١٦٩١ ، ومن أحكام القضـاء المصرى نقض ١٩٤٩/١٢/١ المجموعة السنة ١ رقـم ١٣ ص ٤٨ ، نقض ١٩٤٩/١٢/١٥ المجموعة ١ — ٣٠ — ١٠٢ .

(٥) وتجدر الاشارة الى ان لكل ذى مصلحة فى الكشف عن صـورية تصرف ، أن يرفع دعوى الصورية . ولا يحدد القانون المصرى ، ولا القانون الفرنسى مدة يتعين رفع هذه الدعوى خلالها . انظر فى هذا المعنى : ستارك بنـد ١٧٢٤ .

للمحافظة على ضمانه العام . فانه : وهو لا يقصد أكثر من اثبات حقيقة تصرف المدين . لا يشترط فى حق هـذا الدائن سوى أن يكون خاليا من النزاع [١] . حتى ولو كان غير مستحق الأداء • كما لا يشترط فى هـذا الحق أن يكون سابقا على التصرف المطعون فيه • ولا أن يكون المدين قـد قصد بالتصرف الصورى الاضرار بالدائن [٢] حتى ولو كان هذا التصرف معاوضة • ولا أن يكون هذا التصرف قـد سبب اعسار المدين • وان كان الغالب فى هـذا الفرض الأخير . أن الدائن لن يتحمس الى رفع الدعوى حين لن تكون له فى الأعم الأغلب مصلحة فى رفعها [٣] •

١٤٨ — ويقف وراء تخفف دعوى الصورية من كثير من شروط الدعوى البولصية كما هو واضح أن الأخيرة أشـد خطرا من الأولى . اذ يهاجم بهـا الدائن تصرفا حقيقيا أضر بحقوقه : توصلا الى عـدم نفـاذه فى مواجهته • فتمثل بهـذا الشكل قيدا على حرية المدين فى التصرف • حين لا يترتب على الثانية تفويت ارادة المتعاقدين : وانما على العكس يقتصر الدائن برفعهـا على اثبات حقيقة هـذه الارادة باثبات صورية التصرف الظاهر •

أحكام الصـورية :

١٤٩ — تختلف أحكام الصورية فى العلاقة بين المتعاقدين عنها بالنسبة للغير :

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٣٢ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٩٦٧/٢/٧ (د. ١٩٦٧—٢٧٨) .

(٣) ويجوز للدائن اذا طعن على تصرف مدينـه بالصورية واخفق فى دعواه ، أن يرفع بعد ذلك دعوى عدم نفاذ هـذا التصرف فى مواجهتـه (الدعوى البوليصية) . كما يمكنـه أن يجمع بين الطعن بالصـورية وبعدم النفاذ فى دعوى واحدة . انما لا يجوز له ، على العكس ، بعد أن يرفـع دعوى عدم النفاذ ابتداء ويخفق فيها ، أن يعود فيرفع دعوى الصورية . راجع فى هذه المعـانى ، وفى تعليل عدم الجواز الأخير : نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٤ ص ١١٢٥ ، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة ٢٥ — ١٢٧ — ٧٧٣ .

١ — فى العلاقة بين المتعاقدين ومن فى حكمهم :

١٥٠ — قلنا أن الصورية تتم بالاتفاق بين طرفى تصرف على حجب حقيقة ما اتجهت اليه ارادتهما وراء مظهر كاذب • ومن ثم فان المنطقى أن يكون التصرف الحقيقى (المستور) هو الذى يعتد به فى مواجهة المتعاقدين بحسبانه التصرف الذى يعكس ارادتهما الحقيقية • ويأخذ حكم المتعاقدين فى هـذا الشأن خلفهما العام (كالورثة) وفى هـذا الصـدد تقضى المـادة ٢٤٥ بأنه « اذا ستر المتعاقدان عقـدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى » •

١٥١ — ومتى كان ذلك فانه يجب البحث عن مدى توافر أركان وشروط التصرف القانونى : فى التصرف الحقيقى وليس الصورى • فاذا كان العاقدان — على سبيل المثال — قـد أخفيا الهبة فى صورة عقد بيع . تعين أن تكون الهبة مستوفية كل شرائطها : فيلزم أن يكون البائع الصورى (الواهب فى الحقيقـة) أهلا للتبرع وليس البيع . ويكفى أن يكون المشترى الصورى (الموهوب له فى الحقيقة) أهـلا لمباشرة الأعمال النافعة نفعـا محضا • كمـا يمكن للبائع الصورى (الواهب) أن يرجع فى هـذا التصرف وفق أحكام الرجوع فى الهبة •

ولا يبقى من أهمية لستر الهبة فى صورة عقد البيع الا من حيث اعفائها من شرط الشكل •

١٥٢ — لكن لمـا كانت الصورية ترد على خلاف الأصل ، تعين على من يدعى من المتعاقدين صورية التصرف الظاهر ، أن يثبت حقيقـة ما يدعيه باثبـات التصرف الحقيقى • فاذا كانت قيمة هـذا الأخير تتجاوز عشرين جنيهـا وجب اثباته بالكتابة • وكذلك الحـال لو كان التصرف الصورى ثابتا بالكتابة ، اذ يتعين فى هذه الحالة اثبات التصرف الحقيقى بالكتابة أيضا ولو كانت قيمته أقل من عشرين جنيها ، لأن مدعى الصورية فى هـذه الحالة يريد اثبات عكس ما ثبت بالكتابة ، وهـو

ما لا يجوز الا بالكتابة أيضا [١] [٢] . على أنه اذا كان المقصود من الصورية هو التحايل على القانون جاز لمدعيها أن يثبتها بجميع طرق الاثبات [٣] [٤] . فاذا نجح فى الكشف عن الصورية . وكان الغرض الذى قصد اليه المتعاقدان بهـا ؛ هو اخفاء عدم مشروعية عقـد . بستره وراء عقد آخر صحيح . ترتب على انكشاف الصورية بطلان

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٢/١ المجموعة السـنة ٣١ رقم ١٣٣ ص ٦٧٧ . نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ المجموعة ٢٥ — ٩٢ — ٥٧٥ . نقض ١٩٧٢/٣/١٦ المجموعة ٢٣ — ٦٧ — ٤٢٤ . وفى نفس المعنى انظـر جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٨ .

(٢) أو بمبدأ الثبوت بالكتابة ، متى عززته البينة والقرائن . انظـر نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ المجموعة السنة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٧٩٩ ؛ ونقض فرنسى ١٩٧٠/٧/١٦ (جـ.ك.ب ١٩٧٠ — ٤ — ٢٤٠) . نقض فرنسى١٩٦٥/١٢/١ اشار اليه ستارك ص ٥١٣ هـ ٣٤ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء نقض ١٩٧٤/١/٣١ المجموعة السـنة ٢٥ رقم ٤٥ ص ٢٥٩ ؛ نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ المجموعة ٢٥ — ٩٢ — ٥٧٥ ؛ نقض ١٩٧١/٦/٢٢ المجموعة ٢٢ — ١٢٩ — ٧٩٢ (وكان الأمر فى هـذه الدعوى متعلقا بتقديم تاريخ عقد لاخفاء صدوره أثناء عته البـائع) . وفى فرنسا : نقض ١٩٦٨/١١/١٣ (د. ١٩٦٩ — ٩٧) ؛ نقض ١٩٦٤/١١/١٠ (ج.ب ١٩٦٥ — ١ — ٦٨ فى خصوص خلف عام) .

كذلك ؛ جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية ، أن عدم خضوع الأماكن . المؤجرة مفروشة ، للتحـديد القانونى للأجرة . مشروط بألا يكون قصـد المتعاقدين هو التحايل على القانون . واعترفت المحكمة ، فى هذا الحكم ؛ لمحكمة الموضوع ، بسلطتها فى تقـدير جدية أو صورية الفرش ؛ منتهية الى جواز اثبات الصورية ، فى هذه الحالة ، بكافة الطرق : نقض ١٩٧٨/٢/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٨١ ص ٤٠٨ .

وراجع فى حصر هذا الجواز ، فى الفرض الذى يكون التحايل فيـه قد تم لمصلحة أحد طرفى التصرف الصورى ، تأسيسا على أن مدعى الصورية فى هذه الحالة يقوم به مانع من الحصـول على دليل كتابى على التصرف الحقيقى ؛ حيث أن من تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقـدم له هـذا الدليل . وأنه — بالتالى — اذا ما كان التحايل قد تم لمصلحة المتعاقدين معا وقصد به الاضرار بالغير ، فانه لا يجوز لأى من طرفى التصرف ولا الخلف العـام لهما أن يثبت ما يخالف الكتـابة الا بالكتابة : د. اسـماعيل غانم بنـد ٨٩ .

(٤) ويلاحظ أن بعض الأحكام فى فرنسا ، تجعل ، من حيث المبدأ . كل صورية تفـرغ فى محرر رسمى ، تشكل غشا نحو القانون يجوز اثباته بكل الطـرق . انظـر مثلا : محكمة السـين الابتدائيـة (الاستئنافية) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج.ب ١٩٦٥ — ٢ — ٣٩٠) ، راجع فى نقد هذا الاتجـاه جوجلار (دروس مازو) ص ٨٣٣ هـ ١ .

العقد الحقيقى [١] . أما اذا كان لا يقصد بالتحايل اخفاء عدم مشروعية تصرف : اقتصر أثر الكشف عن الصورية على منع تحقيق الغرض الذى قصد اليه المتعاقدان بالتحايل [٢] [٣] .

٢ — بالنسبة للغير :

(ا) المقصود بالغير فى الصورية ، وحقهم فى التمسك بالعقد الحقيقى :

١٥٣ — والغير فى الصورية هو « كل من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى » [٤] . وقد ذكرت المادة ٢٤٤ طائفتين ، على الأخص : من الأغيار . وهما : دائنوا المتعاقدين ، والخلف الخاص لكل منهما .

وبديهى أن يكون للأغيار حق التمسك بالعقد الحقيقى متى كانت مصلحتهم فى ذلك . ومن ثم أن يثبتوا صورية العقد الظاهر الذى يضر بهم [٥] . وهم فى اثباتهم لهذه الصورية لا يكونون ملزمين بتقديم دليل كتابى عليها ، حتى ولو كانت قيمة العقد الحقيقى تتجاوز عشرين جنيها أو كان العقد الصورى ثابتا بالكتابة . وعلى ذلك صراحة نص المادة

---

(١) ومثال ذلك ، ان يكون المشترى الحقيقى هو أحد عمال القضاء ، ويسخر المتعاقدان (البائع والمشترى الحقيقى) شخصا آخر للشراء بدلا منه .

(٢) ومثال ذلك ان يذكر فى عقد بيع ثمن اقل من الثمن الحقيقى لتخفيض رسوم التسجيل ، اذ فى هذه الحالة لا يبطل البيع ، وانما يكون لمكتب الشهر العقارى المختص ، اذا انكشفت الصورية ، أن يقتضى الرسوم كاملة ، على أساس الثمن الحقيقى .

(٣) راجع فى تفاصيل اثر الصورية على العقد الحقيقى ، ستارك البنود من ١٧١٢ — ١٧١٨ .

(٤) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/١/١٧ المجموعة ٢٩ — ٤٧ — ٢١٨ ؛ وانظر فى تعريف آخر له بأنه « كل ذى مصلحة ولو لم يكن بينه وبين طرف العقد المطعون فيه رابطة عقدية » ، نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ المجموعة ٣١ — ١٧٧ — ٩٠٤ ، وانظر ايضا : د. اسماعيل غانم بند ٩٠ .

(٥) وبديهى فى هذا الشأن ان يكون تقدير كفاية أدلة الصورية ، من المسائل التى يستقل بها قاضى الموضوع : انظر فى هذا المعنى نقض مصرى : ١٩٧٤/١/٢٢ المجموعة ٢٥ — ٣٧ — ٢١٦ ، ١٩٧٤/١/٣١ المجموعة ٢٥ — ٤٥ — ٢٥٩ ، ١٩٧٠/٤/٢٨ المجموعة ٢١ — ١١٦ — ٧١٤ .

٢٤٤ سابقة الاشارة ، التى تقضى بأن لهم أن يثبتوا الصورية « بجميع الوسائل » [1] • ويبرر هـذا الحكم أيضا ، أن الغير — وهم بالفرض ليسوا طرفا فى العقد الصورى ، لا يكون بامكانهم أن يهيئوا لأنفسهم دليلا كتابيا على صوريته [2] • كما أن العقد الحقيقى — وهم ليسوا طرفا فيه أيضا — انمـا ينزل منهم منزلة الواقعة المـادية [3] ، وهذه يجوز اثباتها بجميع الطرق •

فلدائن البائع الصـورى ، على سبيل المثـال ، أن يثبت بجميع الوسائل أن البيع الظاهر لا وجود له فى حقيقة الأمر ، حتى يستطيع التنفيذ على المبيع بحسبانه لا يزال فى ملك مدينه •

ولعله يكون من المناسب أن نشير فى هـذا الموضـع الى امكان اثبات الصورية من قبل الغير بكافة طرق الاثبات ، ولو كان العقـد الصورى رسميا ، اذ الطعن بالصورية لا يتناول فى الحقيقة سلامة المحرر من الناحية المـادية ، وانما مدى مطابقة ما ورد فيه للحقيقة [4] •

(ب) حق الغير ، حسنى النية ، فى التمسك بالعقد الظاهر :

١٥٤ — وقـد يجد الغير مصلحته ، على العكس ، فى التمسك بالعقد الظاهر • ففى البيع الصورى مثلا ، تكون مصلحة دائن المشترى فى التمسك بالعقد الظاهر ، ليتمكن من التنفيذ بحقـه على العين التى اشتراها مدينه • فهل يجوز له ذلك ؟

---

(١) انظر فى هذا المعنى أيضا : نقض مصرى ١٩٨٠/٣/٢٦ المجموعة ٣١ — ١٧٧ — ٩٠٤ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجمـوعة ٢٨ — ٦٧ — ٣٢٨ ؛ ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة ٢٤ — ١٦٨ — ٩٦٧ •

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٧٢٢ •

(٣) فى هذا المعنى : كاربونييه بنـد ٣٩ ص ١٢٩ • ١٣٠ •

(٤) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بنـد ٢٨٠ ؛ ستارك بند ١٧٢٢ • وانظر ايضـا : نقض فرنسى ١٩٣٥/١/٧ (س ١٩٣٥ — ١ — ١٢٨) ؛ محكمة السين الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج.ب ١٩٦٥ — ٢— ٣٩٠) •

فى الحقيقة ، رغم أن العقد الصورى لا يعبر عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين ، الا أنه ، على الأقل ، قد أنشأ مظهرا كاذبا ، يمكن أن يتصل بعلم الغير ،الذين يرتبون تعاملهم على أساسه ، وهم فى جهل بحقيقة الأمور . وعندئذ تقتضى فكرة استقرار التعامل ضرورة حمايتهم واعطائهم من ثم حق التمسك بالعقد الظاهر ، طالما كانوا — وقت تعاملهم [1] — حسنى النية لا يعلمون بأن هذا العقد صوريا [2] . وهذا هو ما تقضى به المادة ١/٢٤٤ التى نصت على أنه « اذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ... » .

١٥٥ — وبديهى أن يكون الأصل فى هذا الشأن هو جهل الغير بالعقد المستتر ، بما يعنى أن من يدعى — على خلاف هذا الأصل — علمه به ، هو الذى يقع عليه عبء اثبات هذا الادعاء [3] .

١٥٦ — ويتبادر الى الذهن ، فى هذا الموضع ، التساؤل عما اذا كان يلزم لحرمان الغير من التمسك بالعقد الظاهر ، اثبات علمه الفعلى بالعقد المستتر ، أم أنه يكفى فى هذا الشأن ثبوت امكانية علمه به ؟ .

مثل هذا التساؤل يثور ، على الأخص ، فى الفرض الذى تكون فيه ورقة الضد (العقد الحقيقى) قد أشهرت . وفى الاجابة عليه ،

---

(١) فالعبرة اذن فى تقدير حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام « وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله » . ومن ثم فاذا كان التعامل الذى تم بين الغير واحد طرفى العقد الصورى ، متعلقا بنقل ملكية عقار ، يكون العبرة فى تقدير حسن نية هذا الغير هى بوقت ابرام عقد البيع ونشوء الالتزام بنقل الملكية ، وليس بوقت انتقال هذه الأخيرة بالتسجيل . فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/١/٢٦ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٥٧ ص ٢٥٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩ — ٢٤٠ — ١٢٢٣ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجموعة ٢٨ — ٦٧ — ٣٢٨ ، ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة ٢٢ — ٨٧ — ٥٥٣ ، وانظر ايضا نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/١٢/٨ (ج.ب ١٩٣٨ — ١ — ١٧٩) .

(٣) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩ — ٢٤٠ — ١٢٢٣

يرى بعض الشراح فى مصر ، أنه اذا ما أشهر العقد المستتر ، فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك ، « اذ أنه بشهره لم يعد مستترا » (١) • ويؤيد هذا الحل أيضا جانب من الفقه الفرنسى (٢) . مستندين الى حجة عملية . وهى أنه . بعدم ترتيب هذا الأثر على الشهر ، لن يعد بامكان طرفى الصورية أن يضعا لهذه الأخيرة من نهاية • كذلك سارت محكمة النقض المصرية فى نفس الاتجاه . وقضت بامكان الاحتجاج على الغير بالعقد المستتر اذا كان مشهرا (٣) • فيما اكتفى الدكتور السنهورى فى هذا الشأن ، بأن يرى فى شهر العقد الحقيقى ، قرينة على علم الغير به ، ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس (٤) •

أما الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى ، وهو ما نميل اليه ، فقد أخذ بالحل العكسى • وأكد أنصاره ، أن سوء النية ، الذى يحرم الغير من التمسك بالعقد الظاهر : هو الذى يثبت من علمه الفعلى بوجود ورقة الضد وقت نشأة حقه ، وليس فقط امكان علمه بها • ويرون أنه لا يسوغ لطرفى الصورية — حتى ولو كانا قد قصدا بهذه الأخيرة هدفا مشروعا — أن يتذمرا من هذا الحل ، اذ كان يتعين عليهما — اذا أرادا اعمال ورقة الضد فى مواجهة الغير الذى يجهلها — أن يخطراه بها قبل اكتسابه للحق • هذا الى أن نظام الشهر ، من أساسه ، انما هو مقرر لصالح الغير . فلا يصح أن ينقلب وبالا عليه (٥) •

---

(١) د. اسماعيل غانم بند ٣٨ .

(٢) راجع فى هذا الاتجاه ، الفقه المشار اليه فى داجو ١٩٦٧ ص ١٥٤ هامش ٩٢ .

(٣) انظر نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ المجموعة ٢٣ — ٢٠٢ — ١٢٨٥ • نقض ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة ٢٢ — ٨٧ — ٥٥٣ .

(٤) د. السنهورى ص ١١٠٢ هامش ٢ ؛ وقرب :

GHESTIN (J) : (Encyclopédie - Dalloz) T.I. 1975 sous (Simulation) p. 6 No 60.

حيث يرى ان المسألة تتوقف على الظروف ، وما اذا كان من الممكن القول باستمرار خفاء ورقة الضد رغم شهرها . أم لا .

(٥) أنظر الفقه العديد الذى أشار اليه داجو ١٩٦٧ ص ١٥٤ هامش ٩٢ ؛ وانظر فى عرض أوفى لحجج هذا الاتجاه : داجو السابق بند ١٥٩ الصفحات من ١٥٤ — ١٥٦ .

صحيح ، نحن نسلم ، أن الغير الذى يهمل الاطلاع على دفاتر الشهر العقارى ، يكون مقصرا فى حق نفسه ، لكن طرفى الصورية ليسا — مع ذلك — أولى منه بالرعاية ، وليس من السائغ أن نفرض وجوب الارتياب فى سلامة التصرفات الظاهرة ، والا لما كان هناك استقرار للمعـاملات .

وأيا ما كان الأمر فى هـذه الخلافية ، الا أنه لا يصح — فى تقديرنا — تجاوز ما قيل بشأن أثر الشهر ، والخروج منه بمبدأ عام وهـو كفاية ثبوت امكان العلم بالعقد الحقيقى من جانب الغير حتى لا يعد من حقه التمسك بالعقـد الظاهر ، فالذى يدحض حسن نيـة الغير ، هو فى الحقيقة ، علمه الفعلى بالعقد المستتر ، أما عدم العلم ، ولو كان ناشئا عن اهمال ، فانه لا ينفى عنه حسن نيته .

(ج) فرض تعارض مصالح الأغيـار :

١٥٧ — ومتى كان للغير ، على ما تقدم ، أن يتمسك بالعقـد الحقيقى أو يتمسك بالعقـد الظاهر اذا كان فى مصلحته ، وكان حسن النية ، فانه يمكن تصور وقوع تعارض بين مصالح الأغيار ، الذين تكون مصلحة بعضهم فى التمسك بالعقد الحقيقى ، حين تكون مصلحة الآخرين على العكس ، فى التمسك بالعقد الظاهر ، ففى البيع الصورى ، على سبيل المثال ، تكون مصلحة دائنى المشترى فى التمسك بالعقد الظاهر حتى يتمكنوا من التنفيذ على المـال الذى اشتراه مدينهم (المشترى الصورى) ، حين تكون مصلحة دائنى البائع فى اثبات صورية هـذا البيع والتمسك بالحقيقة ، توصلا ، مثلا ، الى اثبات عدم خروج المـال من ذمة مدينهم (البائع الصـورى) حتى يتمكنوا من التنفيذ عليه بحقوقهم .

وقـد حسم المشرع هـذه المشكلة لصالح الطائفة التى تتمسك بالعقد الصورى أخذا بفكرة ضرورة استقرار المعاملات ورعاية للغير حسنى النيـة الذين اطمأنوا الى العقـد الظاهر ورتبوا تعاملهم على

أساسه . وفى هـذا الشأن تقضى المـادة ٢/٢٤٤ بأنه « اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » (١) .

المبحث الرابع

شـــهر الاعسار

تمهيــد :

١٥٨ — ان كل ما تقدم من وسائل المحافظة على الضمان العام لا يكفى فى الواقع لحماية الدائن العادى حماية كافية . فقد لا تتوافر شروط هـذه الوسائل وقـد لا يفلح الدائن فى اثبات توافرها . كما أن بعض هـذه الوسائل لا يغل يـد المدين عن ادارة أمواله بما يؤدى الى الاضرار بالدائن . هـذا الى أنها جميعها لا تحول دون اتخـاذ الدائنين اجراءات تنفيذ فردية على أموال المدين المعسر ، الأمر الذى يجعـل من يسبق منهم الى هـذا التنفيذ يحصل على كامل حقوقه اضرارا بالمتأخرين .

لذلك كان المشرع على حق حين نظم فى المجموعة المدنية الجديدة شهر اعسار المدين على نحو يكفل حماية معقولة للدائنين وان لم تصل الى حـد الحماية التى يقررها القانون التجارى للدائنين بنظام شهر الافـلاس .

شروط شـــهر الاعسار :

١٥٩ — يجب — لامكان شهر اعسار المدين — توافر شرطين :

---

(١) ورغم أن القانون الفرنسى لم يواجه مثل هـذه المشكلة . الا ان نفس الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، هو الذى يتبناه الرأى الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين : أنظر مثلا : مارتى ورينو بنـد ٢٨١ ، جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨٢٤ ، ستارك بنـد ١٧٢٦ ، كاربونييه بنـد ٣٩ ص ١٣٠ ، نقض (اجتماعى) ١٩٤٤/١٢/١٤ (س ١٩٤٦ — ١ — ١٠٥) ، نقض ١٩٣٩/٤/٢٥ (ج.ب ١٩٣٩ — ٢ — ٥٧) ، اسـتئناف ليمـــوج ١٩١٠/١٠/١٤ (د. ١٩١١ — ٢ — ٣٩٣ وتعليق مانيول) .

أن يكون المدين معسرا اعسارا قانونيا ؛ وأن ترفع دعوى بطلب شهر الاعســـار •

١ — أن يكون المدين معسرا اعسارا قانونيا :

١٦٠ — المدين المعسر هو ذلك الذى تزيد ديونه على حقوقه • فان كانت هــذه الزيادة بحيث يعجز عن الوفاء بجميع ديونه الحـــالة والمؤجلة فهو معسر اعسارا فعليا • وهــذا النوع من الاعسار كاف — كما سبق أن ذكرنا — لرفع الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية •

أما دعوى شهر الاعسار فتستلزم الاعســار القانونى (١) . حين تكون أموال المدين عاجزة حتى عن الوفاء بديونه المستحقة الأداء •

ويكفى لاثبات اعسار المدين أن يقيم الدائن الدليل على ما فى ذمة المدين من ديون ؛ حين يتعين على هــذا الأخير — اذا أراد أن ينفى عن نفسه وصف الاعسار — أن يثبت أن له أموالا تكفى للوفاء بديونه • وفى خصوص شهر الاعسار تكفى للوفاء بديونه الحالة •

٢ — طلب شهر الاعسار :

١٦١ — وعلى النقيض من نظام الافلاس لا تستطيع المحكمة أن تقضى بشهر اعسار المدين من تلقاء نفسها • ولا يجوز للنيابة العامة أن تتقدم بطلبه الى المحكمة • وانما يلزم أن ترفع الدعوى به ممن له مصلحة فى رفعهــا وهــو عادة أحــد الدائنين الذى يريد الافادة من الضمانات التى يوفرها الحكم بشهر الاعسار على ما سنرى فيما بعد • وان كان لا يستحيل تصور أن يرفعها المدين نفسه حين تكون له مصلحة فى شهر اعساره ، بقصد الحصول مثلا على آجال لديونه أو لتمكينه من الحصول على نفقة من ايراداته المحجوزة •

انما بالرغم من طلب شهر الاعسار يظل للمحكمة سلطتها التقديرية

---

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥

فقـد ترفض الحكم به حتى ولو كانت حالة الاعسار ثابتة • مراعية فى ذلك الظروف التى أدت الى الاعسار وموارد المدين المستقبلة ومصالح دائنيه المشروعة (م ٢٥١) •

اجراءات شــهر الاعسار :

١٦٢ — تختص بدعوى شهر الاعسار « المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين » (م ٢٥٠) وتكون « مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الاعسار ثمانية أيام • ومدة استئنافها خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ اعلان تلك الأحكام » (م ٢٥٢) •

وقـد حرص المشرع على أن يكفل علانية الحكم الصادر بشهر الاعسار لحماية كل من يريد التعامل مع المدين المشهر اعساره فأوجب فى المـادة ٢٥٣ :

« ١ — على كاتب المحكمـة فى اليوم الذى تقيد فيـه دعوى الاعسـار أن يسجل صحيفتها فى سـجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه وذلك كله يوم صدور الحـكم •

٢ — وعلى الكاتب أيضا أن يرسل الى قلم كتاب محكمـة مصر صورة من هـذه التسجيلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل » •

كما أوجبت المـادة ٢٥٤ « على المدين اذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق • وعلى هـذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن سواء أأخطره المدين أم علم ذلك من أى طريق آخر أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بهـا فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها » •

آثار شـــهر الاعسار :

اولا — بالنسبة للمدين :

١٦٣ — يمكن تلخيص آثار شهر الاعســار بالنسبة للمدين فى ثلاثة على النحو التالى :

١ — عدم نفــاذ تصرفات المدين الضارة فى حق الدائنين :

١٦٤ — هــذا الأثر لم يرجئه المشرع فى المــادة ٢٥٧ الى وقت صدور الحكم بشهر الاعسار وانما جعله — لمصلحة الدائنين — منــذ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار • فمنذ هــذا التاريخ لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف ضار من جانب المدين ســواء كان ينقص حقوقه أو يزيد التزاماته • بل ولا أى وفاء يقــوم به ولو كان لدين مستحق الأداء • كل ذلك دون حاجة الى اثبــات غش المدين أو تواطئه مع المستفيد •

غير أن هــذا الأثر — وهو يجد تبريره فى حماية الدائنين من ضرر محتمل يقصد اليه المدين بتصرفه — كان من المفهوم أن يجيز المشرع لهــذا الأخير ما لا يحتمل ذلك من التصرفات • وهكذا أجيز للمدين « أن يتصرف فى أمواله — ولو بغير رضاء الدائنين — على أن يكون بثمن المثل وأن يقوم بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقــا لاجراءات التوزيع » أما اذا كان الثمن الذى بيع به المــال أقل من ثمن المثل « كان التصرف غير سار فى حق الدائنين الا اذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » (م ٢٥٨) وبهذا الحكم أعطى المشرع فرصــة للمدين أن يقوم بتصفية أمواله بنفسه ما دام أن هــذه التصفية لا تضر بالدائنين •

٢ — امكان تعرض المدين للعقوبة الجنائيــة :

١٦٥ — وفقــا للمادة ٢٦٠ يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى حالتين :

« (أ) اذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الاعسار بقصد الاضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر اعساره .

(ب) ان كان بعد الحكم بشهر اعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيهــا وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه » .

٣ — تقرير نفقة للمدين من ايراداته المحجوزة :

١٦٦ — يجوز « لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار » اذا كان الدائنون قــد أوقعوا الحجز على أموال المدين بما فيها ايراداته . فأصبح بهذا الشكل بلا مورد يعيش منه . « أن يقرر للمدين بنــاء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة » ويظل من حق المدين تقاضى هــذه النفقة حتى تنتهى تصفية أمواله . على أنه يجوز « التظلم من الأمر الذى يصدر على هــذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صـــدوره ان كان التظلم من المدين ومن تاريخ اعلان الأمر للدائنين ان كان التظلم منهم » (م ٢٥٩) .

ثانيا — بالنسبة للدائن :

١٦٧ — هناك ثلاثة آثار أيضا يرتبها شهر الاعسار فى مواجهة الدائن :

١ — حلول الديون المؤجلة :

١٦٨ — حرصا من المشرع على المســاواة بين الدائنين رتبت المــادة ٢٥٥ « على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة » حتى لا يسبق بعض الدائنين غيرهم لمجرد أن ديونهم حالة دونهم . ولمــا كانت هــذه التسوية لا يصح أن تكون على حساب المدين ، فانه اذا حلت الديون المؤجلة خصم منها « مقــدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل » .

ومع ذلك أجازت الفقــرة الثانية من نفس المــادة ـ ولمصلحة الدائنين أيضا كما يتضح من عباراتها الأخـيرة ـ « للقاضى أن يحكم بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه بابقاء الأجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة • كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة الى الديون الحالة اذا رأى أن هــذا الاجراء تبرره الظروف وأنه خير وســيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا » كما لو كان الوقت فعلا غير مناسب لبيع أموال المدين بأعلى قيمة •

٢ ـ عدم نفاذ حقوق الاختصاص :

١٦٩ ـ لمـا كان الدائن الذى بيده سند تنفيذى سوف يبادر ، فور الحكم بشهر الاعسار ، الى أخذ اختصاص على عقارات المدين بمـا يجعله فى مركز أفضل من غيره من الدائنين ، الذين قصــد المشرع التسوية بينهم بنظام الاعسار فقد قرر المشرع فى المــادة ٢/٢٥٦ أنه « لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هــذا التسجيل » • أما الدائنون الذين نشأت حقوقهم بعد ذلك فان حــق الاختصاص ينفذ فى مواجهتهم •

٣ ـ امكان اتخاذ اجراءات فردية ضد المدين :

١٧٠ ـ لا يترتب على شهر الاعسـار ـ على النقيض من نظام الافلاس ـ أن ترفع يد المدين عن ادارة أمواله لتصفى تصفية جماعية وانما يبقى ـ على العكس ـ من حــق كل دائن أن يعمل مستقلا على النحو الذى يحقق مصلحته • وقــد يترتب على مبادرة أحــد الدائنين للتنفيذ على أموال المدين أن يحصــل على كامل حقــه دون غيره من الدائنين ، اذا لم يتدخلوا لمشاركته فى التوزيع •

وهكذا فانه بمقــابلة ما قرره المشرع فى المــادة ٢٥٦ من امكان اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية مع ما قرره فى المــادة ٢٥٥ من حلول آجال الديون بشهر الاعسار ، يكون المشرع قــد قرر المساواة القانونية

فقط بين الدائنين دون المساواة الفعلية . وان كان يقلل من شأن هـذا العيب الى حـد كبير ما نظمه المشرع من علانية للاعسار . الأمر الذى يكفل تنبيه الدائنين الى اعسار مدينهم فيتقدمون جميعا للاشتراك فى التنفيذ على أمواله .

انتهـاء حالة الاعسار :

١٧١ — تنتهى حالة الاعسار اما بحكم من القضاء أو بقوة القانون .

(ا) بحكم القضـاء :

١٧٢ — تنتهى حالة الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذى الشأن الذى له مصلحة فى هـذا الانهاء . وذلك فى حالتين :

(أ) « متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله » (م ١/٢٦١) ويقصد بالديون هنا ما كان منها مستحق الأداء وقت شهر الاعسار وما كان مؤجلا ثم حل تبعا للحكم بشهر الاعسار .

(ب) « متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها » (م ١/٢٦١) . وهى تشمل الديون التى كانت حالة وقت شهر الاعسار وكذلك التى حل أجلها بحلول ميعاد استحقاقها وليس بسبب الحكم بشهر الاعسار . ولكفالة الهدف الذى قصد اليـه المشرع من علانية الحكم بشهر الاعسار ، أوجبت الفقـرة الثانية من المـادة ٢٦١ على كاتب المحكمة أن يؤشر « من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المـادة ٢٥٣ وعليه أن يرسل صورة منه الى قلم كتاب محكمـة مصر للتأشير به كذلك » .

(ب) بقـــوة القـــانون :

١٧٣ ــ لمـا كان من غير المعقول أن تستمر يـد المدين مغلولة عن التصرف فى أمواله الى ما لا نهاية ، فقد أعطى المشرع للدائنين مدة رآها كافية ليستطيعوا فيهـا تصفية أموال المدين واقتضـاء حقوقهم منها • بعدها « تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون » • هـذه المدة هى خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار •

١٧٤ ــ هـذا ويترتب على انتهاء حالة الاعسار أن تزول كل الآثار التى ترتبت على الحكم بشهر الاعسار على نحو ما سبق بيانه •

المبحث الخامس

الحق فى الحبس (١)(٢)

Droit de Rétention

التعـريف به :

١٧٥ ــ تقتضى اعتبارات العدالة (٣) أن يكون بامكان الدائن بدين مستحق الأداء ، أن يحبس ما تحت يده ، مما هو ملتزم بتسليمه

---

(١) راجع فى تاريخ الحق فى الحبس : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ١٠٤٦ .

(٢) لم ينظم المشرع الفرنسى الحق فى الحبس كنظرية عامة ، وانمـا أورد عدة تطبيقات له فى مواضع متفرقة : انظر فى هذه التطبيقات : جوسران بنـد ١٤٧٢ .

وقد بات التساؤل الذى يفرض نفسه على الفقه والقضاء الفرنسيين هو معرفة ما اذا كانت هذه التطبيقات قد وردت على سبيل الحصر (من هذا الرأى : مرلان ، لوران) ، أم وردت على سبيل المثال ، وفى أى الحدود ووفقا لأى معيار يتحدد نطاق هذا الحق اذا قيل بالحل الأخير .. راجع فى كل ذلك : جوسران بند ١٤٧٣ .

(٣) فى الحقيقة ، كانت فكرة العدالة كأساس للحق فى الحبس لدى بعض الشراح الفرنسيين هى التى تقف وراء توسعهم فى نطاق هـذا الحق ليمتد حتى الى خارج نطاق العقود الملزمة للجانبين • بينما أن من رفضـوا هذا الأساس ، وفضلوا ان يسـندوا حق الحبس الى أساس من فكرة الضمان الضمنى garantie tacite ، اقتصر عندهم نطاق الحق فى الحبس على العقود التبادلية فقط • انظر فى عرض مفصل لذلك • كولان وكابيتـان ودى لاموراندير بنـد ١٠٤٨ .

الى المدين ، حتى يقوم هـذا الأخير بسداد حق هـذا الدائن المرتبط بالتزامه بالتسليم • هـذا الحـق المقرر للدائن هو ما يعرف بالحق فى الحبس •

فالحق فى الحبس هو — على هـذا النحو — وسيلة لحمل المدين بدين واجب الأداء : على سداد هـذا الدين للدائن عن طريق امتناع هـذا الأخير عن تسليم شىء يجب عليـه تسليمه للمدين ما دام أن هناك ارتباطا بين حق الدائن والتزامه بالتسليم • أو هو بعبارة أخرى يدفع به الدائن مطالبة مدينه له بتسليم شىء ؛ له الحـق فى تسلمه : ما دام أنه لم يعرض الوفاء بالتزام عليه للدائن مرتبط بالتزام هـذا الأخير بالتسليم •

شروطـه :

١٧٦ — حددت شروط الحق فى الحبس ، المـادة ٢٤٦ مدنى : حين قضت بأن : « لكل من التزم بأداء شىء ، أن يمتنع عن الوفاء به : ما دام الدائن لم يعـرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هـذا •

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ؛ فان له أن يمتنع عن رد هـذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » •

ومن هـذا النص يتضح أن شروط الحق فى الحبس تتلخص فى :

اولا — وجود التزام على الحابس (الدائن) باداء شىء :

١٧٧ — الأمر الذى يجعل الحبس — كمـا سبق أن ذكرنا — نوعا من الدفوع يرد به الدائن الحابس على مطالبة المدين له بتسليم شىء يلتزم بتسليمه له • وفى هـذا الصدد لا تهم طبيعة هـذا الشىء

الذى يرد عليه الحبس ، حيث يستوى أن يكون عقارا أو منقولا ، مثليا أو قيميا ، ماديا أو غير مادى ، بل يتجه الرأى الغالب الى امكان ورود الحبس على العمل أو الامتناع [١] ، (كالمقاول يمكنه ألا يبدأ العمل حتى يستوفى الأجر المتفق على تعجيله له ، وكالجار المتعهد بألا يمنع جاره من المرور فى أرضه ، يستطيع أن ، يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يوفيه الجعل المتفق عليه) . وذلك خلافا لرأى عتنى يعول على حرفية نص المادة ١/٢٤٦ التى عبرت عما يمكن حبسه بلفظ (الشىء) وهو ما لايتسع عنده لكل من العمل أو الامتناع [٢] .

١٧٨ — غير أنه لما كان الحبس يعتبر بمثابة حجز من الحابس على ما تحت يده ، فانه لا يصح أن يرد على الأشياء التى لا يجوز الحجز عليها [٣] كما أن حق الحابس — وان أملته اعتبارات العدالة — الا أنه اذا تعارض مع مصلحته عامة فضلت عليه هذه الأخيرة ، وهو ما يتفرع عليه عدم امكان ورود الحبس على الأشياء العامة لما يؤدى اليه حبسها من تعطيل للمنفعة العامة التى خصصت لها هذه الأدوال [٤] .

١٧٩ — والغالب أن يكون الشىء الذى يرد عليه الحبس مملوكا للمدين (كما فى حالة حبس الشىء المودع ، الى أن يقوم صاحبه بسداد ما أنفقه عليه المودع لديه من مصروفات) . غير أنه من المتصور أن يكون هذا الشىء مملوكا للحابس (الدائن) نفسه ما دام ملتزما

---

(١) انظر : د. السنهورى بند ٦٤٢ . د. انور سلطان بند ١٧٥ . د. البدراوى بند ١٦٤ ، د. عبد الودود يحيى بند ١٦٤ ، وقرب : د. الصدة بند ٨٠ ، د. سليمان مرقس بند ٧٢٣ ، وقرب ايضا من الفقه الفرنسى : جوسران الذى استخدم ، للتعبير عن محل الحبس ، لفظة **الأداء** prestation انظر بند ١٤٧٣

(٢) هذا ما يستخلص ضمنا من انتقاد د. اسماعيل غانم لصياغة المادة ١/٢٤٦ مدنى فى معنى قصر الحق فى الحبس على الأشياء المادية : انظر بند ١١٠ ، وقرب د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٢٣ . د. جمال زكى بند ٤٢٤ .

(٣،٤) فى هذا المعنى : د. السنهورى بند ٦٤٢ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٢٨ ، د. اسماعيل غانم بند ١٠١ .

تسليمه للمدين [١] (كالمؤجر الذى يحبس العين المؤجرة عن المستأجر حتى يوفيه هــذا الأخير ما اشترط على تعجيله من أجرة) •

١٨٠ — هــذا وتحرم المــادة ٢/٢٤٦ حائز الشىء أو محرزه من حقه فى حبسه اذا كان الشىء قــد وصل تحت يده نتيجة عمل غير مشروع • فالسارق لا يحق له أن يحبس المسروق حتى يقوم صاحبه برد ما أنفقه عليه من مصروفات •

وجود حق مستحق الأداء للدائن الحابس :

١٨١ — فالدفع بالحبس ، كما ذكرنا ، وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزام للدائن الحابس • ومتى كان ذلك كذلك فانه لا يصح اللجوء الى هــذه الوسيلة الا اذا كان حق الدائن واجب الأداء • فاذا كان هذا الحق مضافا الى أجل واقف ، أو كان — من باب أولى — معلقا على شرط واقف أو متنازعا فيه ، أو مجرد دين طبيعى لا يمكن جبر المدين على تنفيذه ، لم يكن من حق الدائن — فى كل هــذه الفروض — أن يحبس الشىء عن الملتزم بتسليمه له •

ثالثا — وجود ارتباط [٢] بين حق الحابس والتزامه بأداء الشىء [٣] :

١٨٣ — لا يكفى لثبوت الحــق فى الحبس أن يكون فى حيازة الدائن شيئا مملوكا للمدين ، وانما يلزم أن يكون هناك ارتباطا بين حيازة الشىء وحق الحابس • أو بعبارة أخرى ارتباطا بين التزامين (التزام الحابس بالتسليم وحقه فى مواجهة المدين) • هذا الارتباط وحده كاف بالرغم من عبارة نص المــادة ١/٢٤٦ ، حتى ولو لم يصل الى مستوى

---

(١) فى هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ١٠١ ، وانظر فى اتجاه مخالف فى الفقه الفرنسى ، الفقه المشار اليه فيه ص ٢٢٧ هـ ١ .

(٢) انظــر — من تطبيقات القضاء الفرنسى — نقض (تجارى) ١٩٨٣/٧/١١ (د. ١٩٨٤ — أ.ر — ٨٢) ؛ وفيــه ايدت المحكمة حــكم الاستئناف الذى رفض الادعاء بحق فى الحبس لتخلف شرط الارتباط .

(٣) وعلى الدائن الذى يتمسك بالحق فى الحبس ان يثبت وجــود هــذا الارتباط انظر نقض فرنسى ١٩٨٣/١٢/١٣ (د. ١٩٨٤ — أ.ر — ١٤٨) .

علاقة السببية بين هذين الالتزامين • وهو — أى هـذا الارتباط — قد يكون قانونيا أو ماديا •

(أ) ويقوم الارتباط القانونى : على وجود علاقة تبادلية بين الالتزامين • هـذه العلاقة قـد يكون مصدرها عقدا ملزما للجانبين ؛ وفى هـذه الحالة تصـل الى مستوى علاقة السببية . ويتخذ الحبس فيها صورة الدفع بعدم التنفيذ (١) ، ومثالها حبس البائع للشىء المبيع حتى يؤدى المشترى الثمن • وقـد تنشأ هـذه العلاقة بمناسبة العقد الملزم للجانبين فى حالة انحلاله بالبطلان أو الفسخ ؛ حين يكون لكل من الطرفين أن يحبس ما هو ملتزم برده — بموجب البطلان أو الفسخ — حتى يستوفى ما هو مستحق له • وقـد توجد هـذه العلاقة بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد • كالوكيل (غير المـأجور) يحبس ما تسلمه لحساب الموكل حتى يرد له هـذا الأخير ما أنفقـه فى تنفيذ الوكالة

---

(١) هذا الدفع الذى يعتبر — وكما نصت المذكرة الايضاحية للمـادة ٢٤٦ — من تطبيقات القاعدة العامة للحق فى الحبس . انظر الأعمـال التحضيرية ج ٢ ص ٦٥١ : ويؤيد هذا التصوير غالبية الفقه فى مصر . أنظر د. عبد الفتاح عبد الباقى بنـد ١٢٧ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٢٤ ؛ د. البدراوى بند ١٦٨ ؛ د. أنور سلطان بند ١٧٢ ؛ د. جميل الشرقاوى بنـد ٤٣ و د. عبد الودود يحيى بند ٦٠ • د. اسماعيل غانم بنـد ١٠٦ ، ويقترب من الفقه الفرنسى كاربونييه بنـد ٨٤ ص ٢٨٣ الذى يقول أنه من الصعب تمييز الدفع بعدم التنفيذ من الحق فى الحبس .

وانظر **عكس ذلك** : د. محمود جمال الدين زكى بند ٤٢٥ • ومن ثم فقد اشترط ، فى الحبس ، الا يكون الارتباط القانونى سابق الاشارة ناشئا عن علاقة تبادليـة بين الالتزامين مصدرها عقدا ملزما للجانبين « حيث تقـع دائرة الدفع بعدم التنفيذ » .

راجع فى عرض أوفى لنطاق الحق فى الحبس :

MANDE - DJABOU (J) : La notion étroite du droit de retention J.C.P. 1976 - 1 - doct - 2760 ; CASSIN (René) : De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatique Thèse Paris 1914 ; CASSIN (R) note S 1922 - 2 25.

وانظر — بوجه عام فى طبيعة الحـق فى الحبس :

CATALA - FRANJOU (N) : De la nature juridique du droit de rétention. Rev. trim. 1967 P. 9 - 44.

التنفيذ المعتاد [1] . بل قد توجد هذه العلاقة التبادلية رغم عدم وجود أي عقد على الاطلاق . ففي الفضالة يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (ويجد التزامه هذا مصدره في نص القانون) ويقابل ذلك التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما أنفق (ومصدر التزامه الفعل النافع) . وهذان الالتزامان . رغم أنهما غير ناشئين من عقد ، الا أن بينهما علاقة تبادلية تجيز للفضولي استعمال الحق في الحبس .

(ب) أما الارتباط المادى فلا يقوم على علاقة تبادلية بين الالتزامين ، وانما على مجرد واقعة مادية هي حيازة الشيء أو احرازه . حين يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشيء ذاته . وذلك في صورتين : اما لأن الحابس قد أنفق على الشيء مصروفات يحق له استردادها [2] ، أو أنه قد أصابه ضرر من هذا الشيء يستحق تعويضا عنه . ومثال الصورة الأولى أن ينفق المودع لديه على الشيء المودع نفقات ضرورية أو نافعة فيكون له حبس الشيء حتى يستوفي هذه النفقات . ومثال الثانية أن يتسرب حيوان الى ملك الجار فيتلف مزروعاته ، فيكون له حبس هذا الحيوان حتى يؤدي مالكه ما هو واجب عليه من تعويض .

١٨٤ — فاذا توافرت هذه الشروط ، كان للدائن أن يستعمل حقه في الحبس . دون أن يكون عليه انذار المدين ، أو الحصول على ترخيص من القضاء باستعمال هذه الوسيلة [3] .

---

(١) فالوكالة غير المأجورة هي عقد ملزم لجانب واحد هو الوكيل ، واذا كان الموكل — في هذا المثال — قد التزم برد النفقات للوكيل ، فليس مصدر التزامه عقد الوكالة ، وانما الفعل النافع .

(٢) وقد جعلت المادة ٢٤٦ — ٢ سابقة الاشارة ، من هذا الفرض، حالة من الحالات التي يثبت فيها حق الحبس بوجه **خاص** : انظر من تطبيقات القضاء لهذه الحالة : نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٢٢٣ ص ١٢٨٧ .

(٣) في هذا المعنى : نقض ١٩٦٧/١/١٩ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣ .

احكام الحق فى الحبس :

اولا — حقوق الحابس :

١٨٥ — للحابس أن يحبس العين عن مالكها وعن خلفه العام . وذلك الى أن يستوفى كامل حقه فى مواجهة المدين . اذ الحق فى الحبس لا يقبل التجـزئة • وان كان يتعين من ناحية أخـرى على الحابس ألا يتعسف فى استعمال حقه (كما لو أصر على الحبس رغم تفاهة الباقى من الدين بالنسبة للالتزام فى جملته) • ويمتد الحـق فى الحبس الى ثمار الشىء • فاذا كانت هـذه الثمـار تقبل التلف كان للحابس أن يستأذن القضاء فى بيعها لينتقل حقه فى الحبس الى ثمنها •

١٨٦ — وللحابس أن يتمسك بحقـه فى الحبس فى مواجهـة الغير [١] كالخلف الخاص الذى تنتقل اليه ملكية الشىء المحبوس • كما أن له أن يتمسك بحقه فى مواجهـة الراسى عليه المزاد وبذلك يؤدى الحق فى الحبس — فى هـذه الحالة — الى النتيجة الفعلية التى يؤدى اليها حق الامتياز ؛ مع أن « مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه » من الناحية القانونية (م ٢٤٧) •

١٨٧ — على أنه اذا كان المحبوس عقارا وكان الخلف الخـاص الذى انتقلت اليه ملكية هـذا العقار أو الدائن بالحق العينى لمـالكه : قـد أشهرا حقوقهما قبل ثبوت الحق فى الحبس للحابس . فان هـذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهتهما • ويتفرع على ذلك ألا يكون بامكانه الامتناع عن تسليم العقـار الراسى عليه المزاد اذا قام هـذا الدائن بالتنفيذ عليه • اللهم الا اذا كان سبب الحبس هو انفاق مصروفات على العقار حيث يمكن الاحتجاج بالحبس ولو ثبت بعد شهر هـذه الحقوق لمـا أدى اليه انفاق المصروفات من حفظ للعين وزيادة فى قيمتها الأمر الذى يفيد منه جميع من يطالب بردها من خلف خاص أو دائن بحق عينى •

---

(١) راجع فيما ثار من خلاف فى مدى امكان الاحتجاج بالحبس على الغير فى الفقه الفرنسى : جوسران بنـد ١٠٤٧ .

١٨٨ — لكن لما كان « مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه » من الناحية القانونية فانه اذا قام الحابس بالتنفيذ على العين محل الحبس فانه لا يتمتع بامتياز على ثمنها وانما يشاركه فيه سائر الدائنين الذين يقتسمونه معه قسمة الغرماء • ولا يمكنه بعد ذلك أن يحبسها عن الراسى عليه مزادها • لأنه باقدامه على طلب بيعها يكون قد نزل عن حقه فى حبسها •

١٨٩ — والحق فى الحبس . كوسيلة وقائية : لا يمنع عن الحابس حقه فى الحصول على تعويض عن الضرر الذى أصابه نتيجة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه المرتبط • فمثلا : حق المستأجر فى حبس الأجرة عند اخلال المؤجر بالتزامه بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول بينه والانتفاع بالعين المؤجرة : لا يحول بينه وطلب انقاص هذه الأجرة بنسبة ما نقص من انتفاعه بالعين [1] •

ثانيا — التزامات الحابس :

١٩٠ — حددت التزامات الحابس المادة ٢٤٧ ويمكن تلخيصها على النحو التالى :

١ — أول ما يلتزم به الحابس هو أن يحافظ على العين المحبوسة . وقد أحالت المادة ٢٤٧ فى تحديدها لدرجة العناية التى يجب أن يبذلها الحابس فى هذا الصدد الى أحكام رهن الحيازة • وبموجب هذه الأحكام يجب على الحابس أن يبذل فى هذه المحافظة عناية الرجل المعتاد •

ويتفرع على هذا الالتزام أنه اذا كان الشىء المحبوس « يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ « أى بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » وينتقل الحق فى الحبس من الشىء الى ثمنه » • (م ٣/٢٤٧) •

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/٤/٨ المجموعة السنة ٢٦ رقم ١٤٩ ص ٧٦٦ .

ونرى أن نص الفقرة ٣ سابق الذكر معيبا فى صياغته اذ يشعر بعبارته أن بيع الشىء المحبوس الذى يخشى عليه الهلاك أو التلف بعد استئذان القاضى أمر جوازى للحابس : حين أنه فى اعتقادنا أمر واجب عليه : وتمليه اعتبارات العدالة وحسن النيـــة من جانب الحابس بل ويقتضيه واجب المحافظة على الشىء •

على أن طلب البيع فى هـــذه الحالة لا يعتبر تنفيذا على الشىء يفقد الحق فى الحبس وانما هــو اجراء ضرورى لحفظ المحبوس من الهلاك أو التلف •

٢ ـــ ويلتزم الحابس كذلك ـــ اذا كانت العين المحبوسة تغـــل ثمارا ـــ أن يقبض هـــذه الثمـــار (وهو يقبضها لحساب مالكها) [١] ويحبسها مع العين حتى يستوفى حقه . وأن يقدم عنها حسابا للمالك • فاذا كانت هـــذه الثمار مما يســـارع اليـــه التلف ؛ كان عليـــه ـــ فى اعتقادنا ـــ أن يستأذن القاضى فى بيعها ثم يحبس ثمنها •

ونرى ـــ مع بعض الشراح ـــ أن على الحابس التزاما باستثمار الشىء اذا كان بطبيعته ما ينتج ثمرات [٢] [٣] وذلك قياسا على ما نصت عليه الفقرة ٣ من المـــادة ١١٠٤ فى خصوص الرهن الحيازى • متى هـــذا الالتزام أمر يوجبه حسن النية كما يقتضبه واجب المحافظة على الشىء فى كثير من الأحوال •

---

(١) فليس للحابس ان ينتفع بالشىء لنفســـه : فى هـــذا المعنى د. اسماعيل غانم بند ١١٢ ؛ د. الصدة بند ٨٢ .

(٢) ما لم يمنعه المـــالك ـــ بداهة ـــ من ذلك .

(٣) أنظر د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٣٢ • ويبرر ذلك بأن الشىء موجود فى يد الحابس فيجب الا يفوت على المـــالك حق الافادة منه . هـــذا الى أن المـــادة ٢٤٧ ـــ ٢ تلزم الحابس بأن يقدم حسابا عن غلة الشىء المحبوس ، وهذا ما يتضمن التزامه باستغلاله .

وانظر عكس ذلك : د. السنهورى بند ٦٧٧ ؛ وقد توسط د. اسماعيل غانم (بند ١١٢) حيث يرى ان الحابس ليس عليـــه أصلا التزام باستثمار الشىء المحبوس « الا اذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظـــة على الشىء ذاته » .

٣ — ويلتزم الحابس أخيرا بأن يرد العين المحبوسة لمالكها عند انقضاء الحق فى الحبس ، طالما أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون امتناعا مؤقتا عن تنفيذ الالتزام بتسليم العين .

ثالثا — انقضاء الحق فى الحبس :

١٩١ — ينقضى الحق فى الحبس بطريقين ، طريق تبعى وطريق أصلى :

(أ) الطريق التبعى :

١٩٢ — اذا انقضى — لأى سبب — حق الدائن الذى حبست العين من أجله انقضى الحق فى الحبس بالتبعية . على أن يلاحظ أن بقاء العين المحبوسة تحت يد الحابس يعتبر اقرارا متجددا من جانب المدين (مالك هذه العين) بأنه مدين للحابس ، الأمر الذى يحول دون انقضاء الحق الذى حبست العين من أجله بالتقادم ، ما دامت العين المحبوسة تحت يد الحابس . ولذلك لا يتصور انقضاء الحق فى الحبس بتقادم الدين المضمون .

(ب) الطريق الأصلى :

١٩٣ — وينقضى الحق فى الحبس وحده مع بقاء الدين المحبوس من أجله ، فى الحالات الآتية :

١ — اذا قدم مالك العين المحبوسة « تأمينا كافيا » للوفاء بحق الدائن ، لأنه عندئذ لا يعد للحبس من مبرر . ويقدر القاضى — عند النزاع — ما اذا كان التأمين كافيا أم لا . ولا يستثنى من ذلك الا ما قضت به المادة ٤٥٩ مدنى والتى بموجبها يظل من حق البائع « أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له . ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة » .

٢ — وينقضى الحبس كذلك بهلاك العين المحبوسة ولا يبقى الا البحث عن سبب هذا الهلاك لتحديد من تقع عليه تبعته . ولما كانت المادة ٢٤٧ قد أحالت — فى صدد التزام الحابس بالمحافظة على الشىء الى أحكام رهن الحيازة ، فان العين المحبوسة ، طبقا لما تقضى به المادة ١١٠٣ فى خصوص الرهن الحيازى سوف تهلك على الحابس ما لم يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبى لايد له فيه . وفى هذه الحالة الأخيرة اذا استحق مالك العين تعويضا من المسئول عن هلاكها أو مبلغ تأمين عوضا عن هذا الهلاك ، حل هذا أو ذاك محل العين الهالكة وكان للدائن حبسه أخذا بفكرة الحلول العينى .

٣ — ويترتب على اخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشىء انقضاء الحق فى الحبس كما سبق أن ذكرنا .

٤ — ويبقى أخيرا أن الحق فى الحبس ينقضى بالتنازل عنه صراحة كان هذا التنازل أو ضمنا [1] . ويعتبر من قبيل التنازل أن يتخلى الحابس باختياره عن حيازة الشىء المحبوس .

وقد سبق أن ذكرنا أن اقدام الحابس على التنفيذ على الشىء المحبوس يتضمن تنازلا ضمنيا من جانبه عن الحق فى الحبس . وفى هذا الصدد تقضى المادة ١/٢٤٨ بأنه « ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه » . غير أنه لا يتضمن معنى النزول — بداهة — أن يخرج الشىء المحبوس من تحت يد حابسه خفية أو بالرغم من معارضته وانما يجوز له استرداده . اذا طلب ذلك « خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » م ٢٤٨ ، حتى من الحائز حسن النية .

---

(١) ومتى تم هذا النزول فلا يجوز بداهة العدول عنه . انظر نقض ١٦/٥/١٩٦٨ المجموعة السنة ١٩ رقم ١٤٣ ص ٩٦٢ .

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

تمهيـــد :

١٩٤ ـ يقصـــد بأوصاف الالتزام ، ما يضـــاف الى الالتزام فى أحـــد عناصره الثلاثة ، وهى : الرابطة القانونية ، أو محلهـــا ، أو أطرافها ، من أمور تعدل من الآثار التى يرتبها الالتزام فى صورته العـــادية .

والصورة العادية للالتزام هى ـ باختصار ـ أنه رابطة قانونية محققة فى وجودها ، منجزة فى وجوب تنفيذها ، يشمل محلها شيئا واحدا يتعين على المدين تأديته بذاته أو عدة أشياء لا تبرأ ذمته الا بأدائهـــا جميعا ، تربط بين طرفين : دائن واحد ومدين واحد ، أو بين عدة أطراف لكن ينقسم الالتزام بينهم ، أى تتعدد الالتزامات بقدر عددهم .

١٩٥ ـ والوصف الذى يدخل على الالتزام ، قد يتعلق بالرابطة القانونية ذاتها : فيجعلها غير محققة فى وجودها أو مهددة فى بقائها ، حين يسمى الوصف فى هـــذه الحالة بالشرط . وقـــد يتعلق بها ، لا من حيث وجودها وانما من حيث نفاذها أو سريانها : فبدلا من أن تكون منجزة يرجىء بداية نفاذها ، وبدلا من أن تستمر فى السريان يضع حدا زمنيا ينتهى عنده سريانها وينقضى من ثم الالتزام ، حين يسمى الوصف فى هـــذه الحالة بالأجل .

وقـــد يرد الوصف على محل هـــذه الرابطة ، فيشمل عدة أشياء ، لكن تبرأ ذمة المدين بأداء واحـــد منها ، حين يوصف الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام التخييرى . وقـــد لا يشمل الا شيئا واحـــدا ، لكن تبرأ ذمـــة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر ، حين يوصف الالتزام فى هـــذه الحالة بالالتزام البدلى .

وقـــد يتعلق الوصف بأطراف الرابطـــة القانونيـــة : فيكونون متعددين لكن فى التزام واحد ، ويقال فى هـــذه الحالة أن هناك تضامنا أو أن هناك التزاما غير قابل للانقسام .

١٩٦ ـ وهكذا يمكن حصر أوصاف الالتزام جميعها فى : الشرط ، والأجل ، والالتزام التخييرى ، والالتزام البدلى ، والتضامن ، وعدم القابلية للانقسام .

والالتزام الذى يدخل عليه أى من هـذه الأوصاف يسمى بالالتزام الموصوف : تمييزا له عن الالتزام فى صـورته العـادية الذى ينعت بالالتزام البسيط .

تقسـيم :

نوزع الدراسة فى هـذا الباب على ثلاثة فصول : نعالج فى أولها الأوصاف التى ترد على الرابطة القانونية ، وفى الثانى الأوصاف التى ترد على محل هـذه الرابطة ، لنخصص للأوصاف التى تتعلق بأطراف هـذه الرابطة الفصل الثالث .

الفصل الأول

الأوصاف التى ترد على الرابطة القانونية
(الشرط ، والأجل)

تمهيد وتقسيم :

١٩٧ ــ قلنا أن الوصف قد يلحق الرابطة القانونية ذاتها ، فاذا كان يجعلها غير محققة فى وجودها أو فى بقائها ؛ لأنه يربط هذا الوجود أو هذا البقاء [1] بتحقق واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع ؛ كان الالتزام فى هذه الحالة موصوفا بما يسمى بالشرط أو وفقا للاصطلاح القانونى معلقا على شرط . أما اذا كان لا يؤثر على الوجود المحقق للرابطة وانما يتعلق بنفاذها [2] فيؤجل بدايته أو يحدد نهايته ، لأنه يربط هذه أو تلك بواقعة مستقبلة محققة الوقوع ، كان الالتزام فى هذه الحالة موصوفا بالأجل ؛ أو وفقا للاصطلاح القانونى مضافا لأجل .

١٩٨ ــ وهكذا فاذا كان الشرط . كالأجل ، كل منهما أمر مستقبل ، الا أن الأول غير محقق الوقوع حين أن وقوع الثانى أمرا مؤكدا . ونخصص مبحثا مستقلا لكل منهما .

المبحث الأول
الشرط
La conditiion

تمهيد :

١٩٩ ــ ان لفظ الشرط يتسع فى الواقع لمعانى متعددة ، فضلا

---

(٢٦١) فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

عن استعماله كوصف للالتزام [١] • فقد يقصد به ما يستلزمه القانون من عناصر لترتيب أثر معين (كاشتراط الشكل الرسمى فى الهبـة) • وقـد يقصد به ما يدخله المتعاقدان من بنود فى العقد لمجـرد تنظيم علاقتهما العقدية : (كأن يشترط مثلا تسليم المبيع فى مكان معين) • وقـد يقصد به ما يعد عنصرا من عناصر وجود الحق بحيث لا يتصور وجود الحق بدونه . أو بتعبير آخر أن بدونه يكون الأمر مجرد أمل (كالوصية حال حياة الموصى ، لا ترتب للموصى له سوى مجـرد أمل لا يرتقى الى مستوى الحق الا بتحقق شرط وفاة الموصى) •

٢٠٠ — أما الشرط الذى نقصـده كوصف للالتزام فهـو أمر عارض أو خارجى تضيفه الارادة الى التزام استكمل كل العناصر التى يستلزمها القانون [٢،٣] •

---

(١) انظر فى هذه المعانى : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٤١ • د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٣٨ ، د. اسماعيل غانم بند ١٣٩ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٩ ، ستارك بنـد ١٨١٢ ، مارتى ورينو بند ٧٤٥ ، كاربونييه بند ٦١ ص ٢٠٠ ، وفى مصر : د. البدراوى بند ٢٠٦ ، د. انور سلطان بنـد ٢٣٠ ، ولمزيد من التفاصيل فى هذا التحـديد راجع د. عبد الرازق السنهورى : الوسيط جـ ٣ (الأوصاف ، الحوالة ، الانقضاء) ١٩٥٨ ص ٤ هامش ٢ ، والبنود ١٥ ، ٢٤ ، **وقارن** ، ليلوتر ، الذى يرى شرطا فى كل ما من شـأنه ان يجعـل وجود الالتزام امرا مستقبلا غير محقق ، ولو تعـلق الأمر بعنصر جوهرى فى الالتزام ذاته . ويقصد — من ثم — بصفة العرضية فيه ، عدم ضرورة ان يكون الالتزام معلقا على شرط ، اذ الأصل — على العكس — أن تنشأ الالتزامات غير مشروطة :

LELOUTRE (Amedée) : Des cas d'existence et des effets de la condition. Rev. crit. 1912 P. 232.

كذلك ، وعلى الرغم من انه يحصر الشرط كوصف للالتزام فيما لايكون ضروريا لوجود العقد أو لصحته ، فان كاربونييه ينتهى ايضا الى ان المقصود بصفة العرضية ان الأصـل فى الالتزام ان يكون بسيطا . انظر كاربونييه بنـد ٦١ ص ٢٠٠ .

(٣) وعادة ما تكون غاية المتعاقدين من اللجوء لهذه الوسيلة ، هى تمكينهما من اتخاذ بعض الاحتياطات ، او التحوط من مخاطر يمكن ان تحدث فى المستقبل . انظر فى هذا المعنى : ستارك بند ١٨١٦ .

تعريف الشرط كوصف للالتزام ، ونوعاه :

٢٠١ — يمكن تعريف الشرط كوصف للالتزام بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقــوع يترتب على تحققه وجــــود الالتزام أو زواله (م ٢٦٥ مدنى) •

ومن هــذا التعريف يتضح أن الشرط ينقسم الى نوعين من حيث ما يترتب على تحققه من آثار :

٢٠٢ — فاذا كان يترتب على تحققــه وجــود الالتزام سمى بالشرط الواقف Conditoin suspensive ومثاله أن يعــد أب ولده بمكافأة مالية اذا نجح فى الامتحان • عندئذ يكون التزام الأب معلقــا فى وجود ذاته [1] على واقعة النجاح • أما اذا كان يترتب على تحققه زوال الالتزام سمى بالشرط الفــاسخ • condition résolutoire ومثاله أن يهب شخص شخصا آخر منزلا على أن تفسخ الهبة اذا رزق (أى الواهب) فى المستقبل ولدا [2] • عنــدئذ يكون التزام الواهب موجودا منذ البداية ، ومتعينا من ثم تنفيذه . وان كان عرضة للزوال فى المستقبل ان تحققت واقعة الانجاب : حيث يتعين على الموهوب له (الدائن) اذ ذاك أن يرد الشىء الموهوب الى الواهب • ومن هــذه النتيجة يتضح أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف فى الوقت

---

(١) وفى هذا ما يميز الشرط عن الأجل ، من حيث أثر كل منهما على الالتزام ، كما سنرى فيما بعد . فالاول له تأثيره على وجود هذا الالتزام ، فيما لا يؤثر الثانى الا على نفاذه . انظر فى هذا المعنى :

LOUSSOUARN (Yvon) : De la distinction du terme et de la Condition. Rev. trim. 1970 P. 768 No. 13

جســتان ، تعليق على حكم نيس الابتدائيــــة (الاستئنافيــــة) فى ١٩٧٠/١٠/٢٤ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٢ — ١٦٨٦٦) ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٧ .

(٢) ويبين من هذا المثال ، ومن تحليل فكرة الشرط الفاسخ بدقة : انه ليس فى الحقيقة الا نوع من الشرط الواقف ، لكن الذى يقفه ليس هو نشأة الالتزام وانمــا زواله . انظــر فى هـــذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بنـــد ٣٩٢ ، د. السنهورى ج ٣ بنـــد ٢٠ .

ذاته : أو بعبارة أكثر وضوحا أن نشـــوء الالتزام على عاتق المدين معلقا بشرط فاسخ ، يقابله نشوء التزام على عاتق الدائن يكون معلقا على شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة للمدين . ففى المثال السابق ، تعد واقعة الانجاب شرطا فاسخا اذا ووجهت من زاوية المدين (الواهب) ؛ وتعد هى نفسها شرطا واقفا اذا ووجهت من زاوية الدائن ، يعلق التزامه برد المـال الموهوب [1] .

٢٠٣ — هـذا وقـد يصعب — عملا — فى بعض الأحيـان ، تحديد ما اذا كان الأمر يتعلق بشرط واقف أو بشرط فاسخ [2] . ولهذا التحديد أهميته الكبيرة من حيث اختلاف الآثار التى تترتب على نوعى الشرط كما سنرى فيما بعد . والمرجع فى هـذا الأمر الى نيـة الطرفين التى يستخلصها قاضى الموضوع من الظروف والملابسات .

الخصائص الواجب توافرها فى الواقعة التى تصلح ان تكون شرطا :

٢٠٤ — يشترط فى الواقعة حتى تصلح لأن تكون شرطا يعلق عليه الالتزام : أن تكون أمرا مستقبلا . غير محقق الوقوع . ومشروعا لا يخالف النظام العام أو الآداب .

١ — الشرط امر مستقبل :

٢٠٥ — يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا لأنه — كما سنرى — يجب كذلك أن يكون غير محقق الوقوع . والاحتمال أو عدم تأكد الوقوع هو من خواص الأمور المستقبلة وحدها . فالأمر المـاضى أو الحاضر لا يصـلح أن يكون شرطا وقـد تأكد وقوعه ؛ حتى ولو كان الطرفان

---

(١) فى هذا المعنى د. السنهورى جـ ٣ بند ٢٠ .

(٢) اشار لهذه الصـعوبة : تعليق على نقض فرنسى ١٩٧٣/١١/٦ (د. ١٩٧٤ — ٩١) ؛ د. السنهورى جـ ٣ بند ٢٠ ويمثل لها بفـرض ما لو علق البيع على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة .

يجهلان ذلك (١، ٢) . فاذا تعهد شخص بمكافأة اذا فاز حصان فى سباق وكان يجهل أن السباق قد انتهى من مدة أو أنه انتهى فى الوقت الذى تعهد فيه ، فان التزامه لا يكون معلقا على شرط ، لأنه اذا كان الحصان قد فاز فان هذا الالتزام يكون قد انعقد منذ البداية بسيطا . أما فى الحالة العكسية فان الالتزام لم يكن له من وجود منذ البداية .

٢ — غير محقق الوقوع :

٢٠٦ — ويجب من ناحية أخرى . أن تكون الواقعة المستقبلة غير محققة الوقوع ، بمعنى أن يكون وقوعها أو عدم وقوعها أمرا محتملا . وهو ما يفترض من ناحية ألا تكون مؤكدة الوقوع فى المستقبل: وألا تكون — من ناحية أخرى — مستحيلة الوقوع .

فاذا كانت الواقعة مؤكدة الوقوع فى المستقبل كانت أجلا لا شرطا ، حتى ولو كان وقت وقوعها غير معروف كالوفاة . انما ليس ما يمنع أن تعتبر الوفاة شرطا اذا علق الالتزام على وقوعها فى فترة معينة فتكون — خلال هذه الفترة — أمرا احتماليا . وهو ما يحدث كثيرا فى مجال التأمين : فقد تتفق الشركة على تأمين حياة شخص خلال سفرية معينة فان مات خلالها استحق المستفيد مبلغ التأمين والا فلايجوز مطالبة الشركة بالعوض ان وصل سالما . وعندئذ يكون التزام الشركة قد علق على أمر مستقبل غير محقق الوقوع هو الوفاة فى مدة معينة .

---

(١) أما المادة ١١٨١ من المجموعة المدنية الفرنسية . فقد سوت بالحادث المستقبل ، الحادث الذى تحقق عند ابرام العقد . ما دام أن تحققه اذ ذاك كان مجهولا من المتعاقدين . وان اضافت فقرتها الثانية أن الالتزام فى هذه الحالة الأخيرة ينتج اثره من يوم ابرام العقد . ويقول جوجلار أن المشرع استعار هذه التسوية من القانون الرومانى . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٩ .

(٢) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٩١ ، مارتى ورينو بند ٧٤٥ وهما يرون فى حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٨١ سابقة الاشارة ، ما يعنى أن المشرع يواجه بها فى الحقيقة التزاما بسيطا لا موصوفا .

٢٠٧ — غير أن احتمال التحقق ، يتنافى كذلك مع استحالته • فاذا كانت الواقعة المستقبلة مستحيلة الوقوع فلا تصلح أن تكون شرطا ، سواء كانت هذه الاستحالة مادية أو قانونية • ومثال الأولى أن أعدك بمبلغ معين اذا استطعت أن تكتب على صفحة الماء • ومثال الثانية أن أتعهد لك بمبلغ معين اذا استطعت أن تطعن فى حكم لا يجيز القانون الطعن فيه •

٢٠٨ — على أن المقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المطلقة ، أى التى تقوم بالنسبة للكافة (١) • انما يظل التعليق ممكنا اذا كانت الواقعة مستحيلة استحالة نسبية ما دام أن هذا النوع من الاستحالة لا ينفى امكان تحقيق الواقعة من شخص غير من استحالت فى مواجهته • ومثال ذلك أن أعدك بمكافأة اذا قمت بتكبير احدى الصور ثم يتبين أنك لست رساما • عندئذ يكون التزامى فى مواجهتك معلقا على شرط واقف لأنه فى الواقع معلق على أمر مستقبل محتمل الوقوع • وكونك أنت بالذات لا تستطيع تحقيق الشرط لا ينفى عنه أنه فى ذاته أمر محتمل التحقيق •

٢٠٩ — ومن ناحية أخرى فان المقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المعاصرة لوقت تعليق الالتزام على الشرط • فاذا كان هذا الأخير ممكن التحقيق وقت التعليق ثم أصبح مستحيلا بعد ذلك فان الشرط يكون صحيحا وكل ما يترتب على الاستحالة الطارئة هو تخلف الشرط •

٢١٠ — كذلك يتنافى مع عدم تحقق الوقوع أن يكون تحقق الشرط رهنا بمحض ارادة المدين • وفى هذا الصدد تقضى المادة

---

(١) وراجع عكس ذلك ، وان الاستحالة « يجب ان تقدر فى الواقع بالنظر الى امكانيات الطرف المعنى (يقصد الدائن) » ، ستارك بند ١٨٢٦ . كذلك يرى البعض ان الشرط يكون مستحيلا ماديا ، ليس فقط فى حالة الاستحالة المطلقة ، وانما ايضا اذا كان تحققه يفترض ظروفا غير عادية او يتطلب اتخاذ وسائل خارقة للعادة . اما الشرط مجرد صعب التحقيق فانه لا يكون فى حكم المستحيل . فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٤٨ .

٢٦٧ مدنى بأنه « لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » • وايضاح هـذه الفكرة يقتضى التمييز بين أنواع ثلاثة من الشروط من حيث تعلقها بالارادة على النحو التالى :

(أ) الشرط الاحتمالى :

٢١١ — وهو الأمر المرهون تحققه بالمصادفات وحدها دون أن يكون لارادة أحـد العاقدين أى دخل فى تحققه [١] • كما لو تعهـد شخص لآخر بجائزة مالية اذا فاز فريق رياضى معين بمسابقة الدورى العام • والشرط الاحتمالى هو الصورة النموذجية للتعليق على الشرط : ما دام أنه يعلق وجـود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط الفاسخ) على واقعـة مستقبلة يكون أمر تحققهـا رهن الصدفة وحـدها •

(ب) الشرط المختلط :

٢١٢ — وفيه يكون لارادة أحـد العاقـدين دخل فى تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام • ولكن هـذه الارادة لا تستأثر وحدها بامكانية هـذا التحقيق ، وانما تشاركها فيه ارادة شخص ثالث • كما لو تعهـد شخص لآخر بمبلغ معين اذا استطاع أن يكون مع أحـد الفنانين ثنائيا غنائيا • وتظل الواقعة المعلق عليها الالتزام فى هـذه الحالة أمرا غير محقق الوقوع ما دام أن هناك ارادة أخرى لابد وأن تشارك ارادة العـاقد فى تحقيقها • ومن ثم يكون التعليق على الشرط المختلط صحيحا : واقفا كان أم فاسخا •

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء لهذا النوع من الشرط : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ •

(جـ) الشرط الارادى (١) :

٢١٣ — وفيه تستقل ارادة أحد العاقدين بامكانية تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام دون أن تتقيد بارادة أخرى • وهو على نوعين :

١ — شرط ارادى بسيط . وفيه تكون الارادة — وهى فى سبيلها الى تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام — مقترنة بعمل يتوقف على الظروف والملابسات : كأن أهبك مبلغا معينا اذا تزوجت • فالزواج هنا — والفرض أننى لم أحدد شخص من يجب أن يتم الزواج بهـا — أمر تستقل ارادتك وحدك بامكان تحقيقه ؛ ولكنه يرتبط بظروف وملابسات معينة تجعل منه فى الواقـع أمرا غير محقق الوقوع • ومن ثم يصلح الشرط الارادى البسيط لتعليق الالتزام عليه (٢) : واقفا كان هـذا الشرط أم فاسخا ، متعلقا بارادة الدائن أم بارادة المدين •

٢ — شرط ارادى محض : وفيه يكفى لتحقق الواقعة المعلق عليها الالتزام مجرد تعبير عن الارادة ؛ فيكون وجود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط الفاسخ) رهنا بمحض مشيئة أحـد العاقدين • فاذا كان رهنا بمشيئة الدائن كان الشرط صحيحا ؛ واقفـا كان أم فاسخا • لأن معنى الشرط فى هـذه الحالة أن المدين : اما قـد أبدى استعداده لأن يلتزم مستبقيا أمر نشوء هـذا الالتزام على ابداء الدائن لرغبته فى هـذا المعنى (فى حالة الشرط الواقف) . أو أنه قـد التزم بالفعل مستبقيا مصير هـذا الالتزام فى يـد الدائن (فى حالة الشرط الفاسخ) • ومثال الحالة الأولى : أن أتعهد ببيع منزلى لك اذا أردت أنت ، ومثال الثانية أن أؤجر منزلى لك على أن ينفسخ العقـد اذا أردت أنت •

---

(١) راجع فى هذا النوع من الشرط :
H. MAZEAUD : Obligation conditionnells. Condition Potestative. Rev. trim 1939 P. 225 - 226 No. 7.

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بنـد ١٨٢٢ • ومن تطبيقات القضـاء الفرنسى : انظر نقض (اجتماعى) ١٩٦١/١١/٩ (د. ١٩٦٢ ص ٨٤) .

أما اذا كان رهنا بمشيئة المدين ، تعينت التفرقة : فاذا كان هذا الشرط فاسخا ، كان صحيحا لأن معناه أن المدين قد التزم بالفعل وانما استبقى مصير هذا الالتزام فى يده هو . كما لو آجرت لك منزلى على أن يكون لى فسخ العقد حين أريد . أما ان كان واقفا ، فانه يقع باطلا ولا ينشأ الالتزام الذى علق عليه [١] . لأن حقيقة الأمر فى هذه الحالة أن الرابطة القانونية لم تنشأ ، لأن المدين قد علق نشوئها على محض رغبته هو فلا تكون الارادة جادة فى القصد الى الالتزام [٢] . ولذلك تقضى المادة ٢٦٧ فى هذا الشأن بأنه « لا يكون الالتزام قائما . اذا علق شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » [٣] .

٣ — وغير مخالف للنظام العام والآداب (م ٢٦٦) :

٢١٤ — ويجب أخيرا — أن يكون الشرط أمرا مشروعا [٤] . ونقصد بعدم مشروعية الشرط أن يكون الغرض من تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام غير مشروع ؛ وذلك بصرف النظر عن الواقعة

---

(١) انظر : من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الفرض . نقض (تجارى) ١٩٨٢/٩/٢٣ (د. ١٩٨٣ — أ.ر — ١٢) . ونقض ١٩٨٢/١/١٩ (د. ١٩٨٢ — ٥٧، وتعليق لاروميه) ، وفيه ايدت حكم الاستئناف الذى قضى بأن شروط هذا الفرض لم تكن متوافرة فى الدعوى .

(٢) فى هذا المعنى أيضا : ستارك بند ١٨٢٠ ، كاربونييه بند ٦٢ ص ٢٠٤ ، مارتى ورينو بند ٧٥١ ، كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣٩٣ .

(٣) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى مادة ١١٧٤ مدنى ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : استئناف باريس ٢٢ / ١٢ / ١٩٥٣ (د. ١٩٥٤ — س — ٤٨) ، باريس الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٧٠/٧/٢(ج.ك.ب ١٩٧١ — ٤ — ١٠٩) .

(٤) راجع — مع ذلك — د. جميل الشرقاوى (بند ٥٢ ص ١٧٤ ، ١٧٥) ، الذى يرى أنه من غير المتصور — والشرط كوصف للالتزام يجب أن يكون عنصر عرضيا فيه — أن يوصف بالمشروعية او عدم المشروعية لأن هذه أو تلك هى « صفة لا تثبت الا للغاية التى يهدف اليها شخص من الأشخاص » . وهكذا يرى أن اشارة المادة ٢٦٦ الى عدم مشروعية الشرط « تقوم على خلط بين الشرط بمعنى الوصف والشرط كجزء من محتوى التصرف القانوني » .

فى حد ذاتها [١،٢] . فاذا كان هـذا الغرض مشروعا ، صح الشرط ولو كانت الواقعة فى ذاتها أمرا غير مشروع . كما لو علقت فسخ بيع منزلى لك على ايذائك لجارك . فالايذاء فعـل غير مشروع فى ذاته ، ولكن الغرض من الشرط هو حملك على عدم الايذاء ، فهو أمر مشروع . وبالتالى يصح الشرط . أما اذا كان الغـرض غير مشروع فان الشرط يبطل ولو كانت الواقعة فى ذاتها أمرا مشروعا : كما لو علقت فسخ عقد ايجار احدى شقق منزلى لك . على عدم ايذائك للجار المقابل لحـمله على اخـلاء شقته . فمع أن الواقعة المعلق عليها الشرط وهى عـدم الايذاء واقعة مشروعة فى ذاتها الا أن القصد من اشتراطها فى هـذا المثال كشرط فاسخ يكون حمل المستأجر على ايذاء الجار فهو قصـد غير مشروع ومن ثم يبطل الشرط .

٢١٥ — ويبقى فى هـذا الصدد التساؤل عن مصير الالتزام ذاته ، اذا بطل الشرط المعلق عليه لعدم مشروعيته . هل يقتصر البطلان على هـذا الأخير وحده أم يمتد بدوره الى الالتزام . وهو ما يصـدق أيضا على تعليق الالتزام على شرط مستحيل .

اذا كان الشرط واقفا فان معنى ذلك أن المدين قـد علق التزامه على وجـوب تحقيق واقعـة غير مشروعة . فيكون باعثه الدافع الى

---

(١) فى هـذا المعنى : د. انور سلطان بند ٢٣٧ ، د. عبد الفتـاح عبد الباقى بند ١٤٠ ، د. اسماعيل غانم بنـد ١٤٣ .

وتبعا لذلك يستخلص بعض الشراح : ان الشروط غير المشروعة تكون بالضرورة شروطا ارادية لانها ترمى دائما الى حث الشخص على اتخـاذ عمل معين غير مشروع ، فيما ان الشروط الاحتماليـة لا يمكن ان تكون شروطا غير مشروعة ، ما دام ان حدوث الواقعـة فى المستقبل او عدم حدوثها ، لا علاقة له بارادة اى من الطرفين . انظر : كولان وكابيتـان ودى لاموранديير بنـد ٣٩٥ .

(٢) ويرى بعض الشراح ان شرط عدم الزواج او عدم اعادة الزواج، وان كان شرطا غير مشروع فى الأصل بحسبانه يهـدر حرية من حريات الفرد الأساسية ، الا انه يمكن — استثناءا — ان يكون شرطا مشروعا ، كما لو كان المشترط عليه شخصا طاعنا فى السن ، حيث يقصد بالشرط فى هذه الحالة تجنيبه اندفاعا وراء الاهواء خطيرا عليه ، انظر سـتارك بنـد ١٨٢٧ .

الالتزام فى هـذه الحالة هو ذلك الأمر غير المشروع • وبالتالى فان بطلان الشرط سوف يستتبع بالضرورة بطلان الالتزام . ما دام يشترط فى هـذا الأخير أن يجد الباعث الدافع اليه فى أمر مشروع •

أما اذا كان الشرط فاسخا فانه بموجب المادة ٢٦٦ /١ مدنى : « هو نفسه الذى يعتبر غير قائم » • ومعنى ذلك أنه هو الذى يبطل وحده ويبقى الالتزام [١] • ويجد هـذا الحكم تفسيره فى أن الالتزام فى هـذه الحالة يعتبر قـد قام منذ البداية باتا غير معلق « ما دام أن الواقعـة المستقبلة التى تهدد بزواله بعد قيامه ونفاذه هى أمر غـير مشروع لا ينبغى قانونا أن يتحقق » [٢] •

غير أن المشرع عاد فاستدرك بالفقرة الثانية من نفس النص حالة ما اذا تبين أن الواقعـة المعلق عليها زوال الالتزام كانت من الأهمية فى قصد الملتزم حتى أنها كانت باعثه الدافع الى الالتزام ؛ فعندئذ يعتبر الالتزام نفسه غير قائم • بما يعنى أن المشرع فى مجال الشرط الفاسخ قـد فرق بين شرط ثانوى وشرط هام ، وقصر بطلان الالتزام على عدم مشروعية الثانى وحـده باعتباره — دون الأول — هو السبب الدافع للالتزام • ونرى — مع بعض الشراح أن هـذا التمييز منتقدا [٣] : اذ لا يسـوغ — من ناحية — وصف الشرط بأنه ثانوى لا يؤثر على الالتزام وقـد ارتقى فى قصد الملتزم الى حـد جعـله سببا لزوال الالتزام [٤] • كما أنه من غير المنطقى — من ناحية أخرى — أن نعتبر الشرط فى الحالة الثانية هو السبب الدافع الى الالتزام حين أن الملتزم قـد علق عليه زوال هـذا الالتزام لا انشائه [٥] • والأكثر منطقية

---

(١) انظر فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .
(٢) انظر د. محمود جمال الدين زكى بند ٤٥٣ ، وفى نفس المعنى د. السنهورى ج ٣ بند ٢١ .
(٣) انظر د. انور سلطان بند ٢٣٧ ؛ د. اسماعيل غام بند ١٤٣ .
(٤ ، ٥) فى هـذا المعنى د. اسماعيل غانم بنـد ١٤٣ .

أن يقال بأن اشتراط أمر غير مشروع يعلق الملتزم على تحققه زوال التزامه يجعل هذا الالتزام نفسه ؛ وليس الشرط المعلق عليه ، مبنيا على باعث دافع غير مشروع . ومتى كان ذلك فانه يجب — فى كل الأحوال — أن يترتب على بطلان الشرط الفاسخ لعدم مشروعيته بطلان التصرف وعدم قيام الالتزام [1] . وهى نفس الحكم المقرر فى حالة الشرط الواقف كما سبق أن ذكرنا . ؛ لأن الالتزام اذا علق على شرط غير مشروع ؛ واقفا كان هذا الشرط أم فاسخا ؛ انما يكون باعثه الدافع فى الحالتين هو أمر غير مشروع بما يجعل منه التزاما باطلا [2] .

الآثار التى تترتب على الشرط (٣) :

يرتب الشرط — فى أثناء فترة التعليق وقبل أن يعرف مصيره —

---

(١) فى هذا المعنى ايضا د. اسماعيل غانم : الاشارة السابقة .

(٢) وفى فرنسا : تقضى المادة ١١٧٢ مدنى بان كل شرط مستحيل او مخالف للآداب او محظور قانونا ؛ يكون باطلا . ويؤدى الى بطلان الاتفاق المعلق عليه . (انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : استئناف أنجير ١٩٦١/٦/١٦ « د. ١٩٦١ — ٥٧٣ » .) . فيما تقصر المادة ٩٠٠ — فى خصوص التبرعات (الهبات والوصايا) — البطلان فى هذه الأحوال ، على الشرط وحده دون التصرف الذى يتضمنه . ويشير ستارك (بند ١٨٢٨) الى ان الحل المقرر بالمادة الأخيرة يستند الى اعتبارات تاريخية .

لكن القضاء الفرنسى لم يتبع ؛ فى الواقع ، هذه التفرقة : فمن ناحية؛ قضى ببطلان التبرعات — تأسيسا على المادة ١١٣١ مدنى — اذا كان الشرط المستحيل او المخالف للقانون او للآداب التى علقت عليه ، قد لعب دورا رئيسيا فى نشأتها لانه كان هو الباعث الدافع الى التبرع . (انظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٠٩/١/٥ (د. ١٩١٣ — ٥ — ٣٥) ؛ نقض ١٩٣٨/١٢/٢٨ « د. ا ١٩٣٩ — ١٣٢ » .) . وبالمقابلة ، بدا له من المبالغ فيه ابطال عقد المعاوضة بأكمله اذا كان الشرط المستحيل أو المخالف للقانون او للأخلاق ؛ شرطا ثانويا لم يكن هو الباعث الدافع الى الالتزام . وقصر — من ثم — أثر البطلان على الشرط وحده . (انظر مثلا : نقض ١٩٣٢/١١/٢١ (د. ا ١٩٣٣ — ١٩ ، السين المدنية ١٩٤٧/١٢/٢٠ (ج.ب ١٩٤٨ — ١ — ٥٦ ر.ت ١٩٤٨ — ٣٣٢ وتعليق هنرى وليون مازو) . وانظر فى تأييد هذا الحل : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٩٥) . وهكذا وصل تقريبا الى ما يشبه الحكم فى القانون المصرى .

(٣) أنظر فى هذا الشأن ؛ مقال ليلوتر . المجلة الانتقادية ١٩١٢ سابق الاشارة .

آثارا تختلف عمـا يرتبه بعد انتهاء التعليق وتبين مصـيره . تحققا أو تخلفـا .

اولا : آثار الشرط فى فترة التعليق :

(١) فى حالة الشرط الواقف :

٢١٦ — اذا كان الشرط واقفا كان للدائن — فى فترة التعليق — حقا فى مواجهة المدين وليس مجرد أمل [١] . ما دام أن المدين لا يمكنه قبل أن يبين مصير الشرط أن يتحلل مما وعد به الدائن .

ويتفرع على وجود هـذا الحق : أن يكون « للدائن أن يتخـذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » (م ٢٦٨ مدنى) كقيد الرهن أو تسجيل العقد . كما أن هـذا الحق يقبل الخلافة العامة والخاصة . وهو يخول صاحبه أيضا أن يباشر من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما لا يستلزم أن يكون حق الدائن مستحق الأداء كدعوى الصورية . غير أن هذا الحق من ناحية أخرى — والواقعة المستقبلة التى علق عليها قـد لا تتحقق — لا يعدو أن يكون حقا محتملا [٢] غير مؤكد . ويتفرع على

---

(١) وتعبيرا عن مركز الدائن اثناء فترة التعليق يقول د. اسماعيل غانم ، أنه وان « لم يكتسب الحق الذى تعهـد به المدين بعد . الا ان له حقا مكتسبا فى أن يوجد الالتزام اذا ما تحققت الواقعة المشروطة » . بنـد ١٤٥ ، كذلك جـاء فى حكم لمحكمـة النقض المصرية أن حـق الدائن فى الالتزام المعلق على شرط واقف هو من الحقـوق التى ينظمها القـانون ويحميها . نقض ١٩٦٦/٦/٧ المجمـوعة السنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ . وانظـر عكس ذلك : وان الدائن تحت شرط واقف ليس له الا مجرد امل :

PLANIOL (M), RIPERT (G) et BOULANGERS (J) : Tr. élé. de droit. civil. T. ; 3éd. 1949 N. 1358.

وان كانوا يقـولون . فى نفس الوقت . ان الدائن هنـا يملك « شيئا » يجب الاعتداد به . هو الأمل فى ان يكون يوما ما دائنا . ويرون فى هذا الأمل مما ينظمه القانون ويحميه . انظر فى التعليق على هذا الرأى : د. السنهورى ج ٣ ص ٣٩ هامش ١ .

(٢) فى هذا المعنى د. اسماعيل غانم بند ١٤٥ : وقارن د. السنهورى ج ٣ بنـد ٢٩ الذى يجعل للحق الاحتمالى مرتبة فى الوجود والنفاذ أدنى من مرتبة الحق المعلق على شرط واقف : حيث الأول لا وجود له ويحتمل =

ذلك : أنه من ناحيــة لا يقبل التنفيذ الجبرى [١] ، لا بشكل مباشر (كأن يطالب الدائن به قضاء) ولا بشكل غير مباشر (كأن يقاصى به دينــا عليه للمدين) . كمــا أن الدائن لا يستطيع كذلك أن يرفع من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما يستلزم أن يكون الحق مؤكدا كالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . كما أنه أيضا لا يقبل التنفيذ الاختيــارى ، ومن ثم فاذا أوفاه المدين جاهلا قيــام الشرط كان له استرداد ما أوفاه . غير أن التزام المدين به لا يسقط بالتقادم المسقط طيلة ما بقى التعليق قائما ما دام أن التقادم لن يبدأ سريانه الا من وقت تحقق الشرط [٢] .

= الوجود ، اى انه معدوم على خطار الوجود . فيما أن الثانى موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود . وانظر بوجه عام فى تفاصيل مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ ، نفس الموضع من نفس المؤلف .

وفى فرنسا : يرى البعض أن للدائن فى هذه الفترة حقا محتملا . يحتل منطقة وسطا بين مجرد الأمل (الذى لا يعتبر حقا) والحق المحض المجرد . ويقصد بالأمل هنا ، أمل الدائن فى أن يرى يوما الشرط الواقف وقد تحقق ومن ثم نشأ الالتزام . كما يصف هذا الحق الاحتمالى بأنه حق ضعيف جدا . انظر جوجلار (دروس مازو) بنــد ١٠٢٩ ، ١٠٣٢ ، ويرى البعض الآخر أن للدائن فى هذه الفترة حقا مؤكدا لكن الميزات التى تنتج عنه ميزات محدودة . انظر ستارك بند ١٨٣٤ ، وعلى حد تعبير بعض ثالث ، تكون « بــذرة le germe » الحق موضوعة فى هذه الفترة ، انظر كاربونييه بنــد ٦٣ ص ٢٠٧ ، كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣٩٧ ، ويقترب من نفس المعنى : جوسران بنــد ٧٤٠ ، ويتوقف مارتى ورينو ، مسلمين بأن للدائن فى هــذه الفترة حقا مما يصعب تحديد طبيعته ، بند ٧٥٤ . ولكنهما مع ذلك لا يرون فيه مجرد حق احتمالى . وانظر فى الحق الاحتمالى ، بوجه عام ، مرافعة فابر أمام محكمة باريس الابتدائية (الاستئنافية) فى ١٩٦٨/٧/٣ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٥٦٩) .

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه بالنظر الى ان الالتزام فى فترة التعليق يكون موجــودا ولكن وجــوده ليس مؤكدا . فانه لا يجوز للدائن خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية المطالبة بحقــه جبرا أو اختيارا طالمــا لم يتحقق الشرط . ورتبت على ذلك ان دعوى صــحة التعاقد التى يرفعها الدائن قبل تحقق الشرط تكون قد رفعت « قبل اوانها » ، ما دام أن موضوع هذه الدعوى لا يقتصر على محل العقــد « بل يتناول تنفيذه أيضا ، اعتبارا بأن الحكم الذى يصدره القاضى فى الدعوى يقــوم مقام تنفيذ العقد اذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢٠٠ مدنى » . نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

(٢) أنظر نقض مصرى ١٩٧٢/٢/٢٩ المجموعة السنة ٢٣ (عدد ١) رقم ٤١ ص ٢٦١ .

(ب) فى حالة الشرط الفاسخ :

٢١٧ — اذا كان الشرط فاسخا كان للدائن حقا موجودا ونافذا ، ولكنه مهدد بالزوال فى المستقبل ان تحققت الواقعة المعلق عليها زوال الالتزام [١] • ويتفرع على وجود هذا الحق : أن يكون لصاحبه — طيلة فترة التعليق — كل حقوق الدائن بالتزام بسيط منجز ، من حيث امكان المطالبة به جبرا . وصحة الوفاء به اختيارا ، وصحة الاستناد اليه فى رفع دعاوى المحافظة على الضمان العام جميعها • كما يسرى التقادم المسقط فى شأنه من وقت قيامه • أما من حيث امكان التمسك بالمقاصة فالبعض لا يجيزها بين حق من هذا النوع محتمل الزوال وبين دين بسيط على الدائن لمدينه [٢] . حين يرى البعض الآخر جواز المقاصة بهذا الحق على أن يكون مصير المقاصة نفسها رهنا بتحقق الشرط الفاسخ • حين يترتب على هذا التحقق زوال المقاصة بأثر رجعى [٣] •

ويتفرع على احتمال زوال حق الدائن أن التصرفات التى يباشرها عليه خلال هذه الفترة تقع مرهونة بمصيره وتكون من ثم عرضة للزوال •

ثانيا — آثار الشرط بعد تبين مصيره :

مداول تحقق الشرط ، ومدلول تخلفه :

٢١٨ — يبين مصير الالتزام اذا انتهت فترة التعليق ، بتحقق الشرط أو بتخلفه • ويجب — حتى يمكن القول بأن الشرط قد تحقق أن تكون الواقعة التى علق عليها الالتزام قد تحققت بالفعل ، وعلى

---

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .

(٢) من هذا الاتجاه : د. السنهورى ج ٣ ص ٤٥ هامش ١ ، د. أبو ستيت بند ٦٨٥ ، د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٥١ ، د. محمود جمال الدين زكى بند ٤٥٥ .

(٣) من هذا الاتجاه : د. انور سلطان بند ٢٤٠ ، د. اسماعيل غانم بند ١٤٦ وهامش ٢ من ص ٢٩٧ ، د. البدراوى بند ٢٢٧ ، ويؤيده ضمنا د. شمس الدين الوكيل بند ٢٣٤ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٤٤ ، د. جميل الشرقاوى بند ٥٣ ، ستارك بند ١٨٣٣ .

النحو : وفى المدة التى اتفق عليها الطرفان ان كانا قــد حددا شروطا لتحقق الواقعة ، أو ضربا زمنا معينا يجب أن تتحقق فيه [١،٢] .

واذا كان الشرط سلبيا [٣] ـ بمعنى أن الالتزام علق على شرط عدم وقوع أمر ما فى المستقبل ـ وكان محددا بوقت معين ، فانه يتحقق ـ بداهة ـ اذا انقضى هــذا الوقت دون أن يقع هــذا الأمر . وهو « يتحقق كذلك قبل انقضــاء هــذا الوقت ، اذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » [٤] . أما اذا لم يكن محددا بوقت « فان الشرط لا يتحقق الا عندما يصبح مؤكدا عدم وقوع الأمر . وقــد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمرا يبلغ حــد اليقين . وتقدير ذلك ، بأدلة تبرره عقلا . مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع» [٥] .

٢١٩ ـ ويتصور ـ عمــلا ـ أن يكون الالتزام معلقــا على شرطين ، وفى هــذه الحالة ، فانه يلزم لوجوب تنفيذه أن يتحققا معا . ومن ثم فانه يكفى للقول بعدم وجوب هذا التنفيذ تخلف أى منهما [٦] .

---

(١) وقد قضى ـ فى فرنسا ـ بانه فى حالة ما اذا لم يكن الطرفان قد حددا مدة يجب ان يتحقق الشرط فيها ؛ فان مرور وقت طويل دون تحقق هــذا الشرط يمكن معه ان يعتبر هــذا الأخير قد تخلف . انظر استئناف مونبلييه ١٩٤٨/٦/٢٣ (د. ١٩٤٨ ـ ٥٤٣) . وفى هــذه الدعوى كان الشرط هو الحصول على ترخيص ادارى ، وفيها قضت المحكمة بأن الطرفين فى هذه الحالة يعتبرا قد اتفقا ضمنا على مهلة . وللمحكمة استخلاص هذه المهـــلة .

(٢) فاذا تحقق الشرط فى المدة المحددة ، رتب الالتزام اثره (من يوم ابرام العقد كما سنرى) ولو كان الدائن به قد توفى خلال فترة التعليق ؛ حيث ينتقل الحق فيه الى ورثته . وعلى ذلك صراحة نص المــادة ١١٧٩ مدنى فرنسى .

(٣) انظر فى تقسيم الشرط الى ايجابى وسلبى ، ومدلول كل منهما : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بنــد ٣٩٤ .

(٤،٥) انظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم١٦١ ص ٨٣٨ .

(٦) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/١٤ المجموعة السنة ١٧ (ع/٣) رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩ ؛ وقــد جاء فيه أن الحكم المطعون فيه ، اذ استند « فى استبعاد العقد الى عدم تحقق احــد الشرطين ؛ كان ذلك كافيا وحده لحمل قضائه فى هــذا الخصوص ، ويكون غير منتج النعى عليه بانه اعتمد على تخلف الشرط الآخر الذى لم يؤذن باثباته » .

٢٢٠ — غير أن الشرط يعتبر قد تحقق حكما [١] ولو تخلف فعلا اذا كان من له المصلحة فى تخلفه هو الذى حال دون هذا التحقق بخطأ منه [٢] • ومثاله فى الشرط الواقف أن يعد شخص شخصا آخر بمبلغ من المال اذا نجح فى الامتحان ثم يعوقه عن دخول هذا الامتحان • عندئذ يكون الواعد . وهو من له مصلحة فى تخلف الشرط الواقف ، هو الذى حال دون تحقق هذا الشرط بخطأ منه ، فيعتبر الشرط قد تحقق مع أنه فى الواقع قد تخلف • ومثاله فى الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص شقة لآخر على أن ينفسخ الايجار اذا تزوج ابن المؤجر فيعمد المستأجر الى قتل هذا الابن • ويمكن تخريج هذا الحل على أساس من أن الخطأ المتمثل فى الحيلولة دون تحقق الشرط يستتبع الزام المخطىء بالتعويض • وخير تعويض فى هذه الحالة هو اعتبار الشرط قد تحقق ضده [٣] •

٢٢١ — ويعتبر الشرط قد تخلف حكما ولو تحقق فعلا اذا كان صاحب المصلحة فى تحققه قد حققه (أى حال دون تخلفه) بخطأ منه • ومثاله فى الشرط الواقف أن تتعهد شركة تأمين بدفع مبلغ للمستأمن اذا احترقت منشأته ، فيعمد هذا الأخير الى احراقها • ومثاله فى الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص سيارة لآخر على أن ينفسخ الايجار اذا أعطبت سيارة شقيقه فيعمد المؤجر الى اعطاب سيارة هذا الأخير •

هذا وليس يلزم لاعتبار الشرط قد تحقق أو تخلف حكما ، على التحديد السابق ، أن يصل خطأ المدين فى هذا الشأن الى درجة

---

(١) هذا وليس الدائن بالالتزام الشرطى هو الذى يقع عليه — فى هذه الحالة — عبء اثبات أن الشرط كان سيتحقق لولا أن حال المدين دون تحققه ؛ انما المدين هو الذى له — اذا أمكنه — أن يقيم الدليل على أن الشرط ما كان سيتحقق حتى ولو لم يكن قد حال — بفعله — دون تحققه . أنظر فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٥٦ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (ع/٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ ؛ وفى فرنسا : استئناف تولوز ١٩٦٠/١٠/١٩ (د. ١٩٦٢ — ٩٦ وتعليق برو) ؛ استئناف باريس ١٩٦٢/٣/١٣ (د. ١٩٦٢ — ٤٥٨) .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٥٦ .

العمد أو الغش [١] ؛ حين لا يكفى — بالمقابلة — أن يكون مجرد عمله هو الذى حال دون تحقق الشرط أو تخلفه من غير أن ينطوى (أى هذا العمل) على خطأ [٢،٣] •

اثر تحقق الشرط ، واثر تخلفه :

٢٢٢ — ويبقى — بعد تحديد مدلول تحقق الشرط ومدلول تخلفه — أن نعرض لآثار الشرط بعد تحققه أو تخلفه : مفرقين فى كل فرض ، بين ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا •

ا — تخلف الشرط :

٢٢٣ — اذا كان الشرط واقفا وتخلف ، ترتب على ذلك انعدام احتمال تحقق الالتزام الذى كان معلقا عليه : فيزول ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية • (لأن للشرط فى تحققه أو تخلفه أثرا رجعيا كما سنرى) • ويتفرع على ذلك زوال التصرفات التى يكون الدائن قد باشرها بالاستناد الى حقه المحتمل أثناء فترة التعليق • كما يسقط ما يكون قد اتخذه من اجراءات للحفاظ على هذا الحق فى نفس الفترة •

٢٢٤ — أما اذا كان الشرط فاسخا وتخلف ، فان معنى تخلفه أن الواقعة التى كانت تهدده بالزوال قد تأكد أنها لن تتحقق فيتأبد الحق نهائيا وتتأيد بالتالى جميع التصرفات التى باشرها الدائن عليه فى أثناء فترة التعليق •

ب — تحقق الشرط :

٢٢٥ — اذا كان الشرط واقفا وتحقق ، تأكد وجود الالتزام ،

---

(١) كما لا يلزم أن يكون هذا الخطأ ثابتا ، اذ يمكن ، فى هذا الشأن ، أن يكون مجرد خطأ مفترض . أنظر فى هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٤٦/٥/٢١ (د. ١٩٤٦ — ٣ — ٤٠٣ وتعليق H. L) .

(٢) فى هذا المعنى : مارتى وربنو بند ٧٥٦ ؛ د. السنهورى ج ٣ بند ٣٧ .

(٣) كما لو كان المدين بعمله هذا — مثلا — يستعمل حقا له . انظر فى هذا المعنى : محكمة السين المدنية ١٩٣٣/٥/١٥ (د. ١٩٣٣ — ٣٧٤) .

وأصبح حق الدائن الذى كان مجرد محتمل خلال فترة التعليق ، حقا نافذا ومستحق الأداء . ومن ثم يصبح صالحا لترتيب جميع الآثار التى يرتبها الالتزام البسيط . وذلك منذ نشأة هذا الالتزام . وتفريعا على ذلك فانه اذا ما كان الشرط الواقف قد ورد — بالفرض — فى عقد ملزم للجانبين ، وكان الدائن صاحب الحق المعلق على الشرط قد بادر باختياره ومتحملا مخاطر هذه المبادرة الى تنفيذ جانب مما يلتزم به فى هذا العقد ، قبل تحقق الشرط ، ثم أدركه هذا التحقق : فان حقه فى مقابل هذا الالتزام الذى نفذ يصبح مؤكدا ، ويتعين على المدين أن يفى به له (١) .

كذلك يبدأ سريان التقادم فى شأن هذا الالتزام ولكن منذ تحقق الشرط : كما سنرى فيما بعد .

٢٢٦ — أما اذا كان الشرط فاسخا وتحقق : أصبح زوال الالتزام الذى كان أثناء فترة التعليق مجرد احتمال ، أمرا محققا . ويعتبر حق الدائن وكأنه لم يوجد أصلا (٢) . وتزول بالتالى جميع

---

(١) وفى هذا الخصوص ، طرح على القضاء الفرنسى دعوى تتعلق بعقد مقاولة ، كان التزام رب العمل فيه : معلقا على شرط حصوله على قرض يمكنه من دفع تكاليف الأعمال . حيث بادر المقاول ، فى هذا العقد ، الى تنفيذ جانب من مشروع الأعمال قبل أن يتحقق هذا الشرط ؛ ثم حصل رب العمل على القرض ، فى الوقت الذى عدل فيه عن فكرة تنفيذ هذا المشروع ، فطالبه المقاول بدفع تكاليف الأعمال التى سبق ان نفذها . فقضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن محكمة الاستئناف التى رفضت طلب المقاول تأسيسا على أن التزامات الطرفين كانت قد نشأت فقط من تاريخ الحصول على القرض ، وأن المقاول لم يكن من حقه ان يبدأ فى تنفيذ الأعمال الا بعد هذا التاريخ : قد جانبت الصواب . لأنها « عندما قضت بهذا الشكل دون أن تبحث ما اذا كان العقد يحظر على المقاول ان يبدأ الأعمال قبل تحقق الشرط ، لم تقدم أساسا قانونيا لحكمها » . انظر : نقض فرنسى ١٩٧٦/٢/١٩ (د. ١٩٧٦ — ا.ر — ١٥٠) .

(٢) وتطبيقا لذلك ، قضت محكمة النقض المصرية ، بأنه اذا تحقق الشرط الفاسخ الذى علق عليه الالتزام فى عقد هبة ، زال هذا الالتزام « وجاز للواهب ان يسترد ما وهبه ، ولا يشترط فى هذه الحالة ان يستند الواهب الى عذر مقبول ؛ وانما يكفى تحقق الشرط . كما لا يجوز للموهوب =

التصرفات التى باشرها على هذا الحق أثناء فترة التعليق • ولم يستثن المشرع من ذلك سوى أعمال الادارة التى يكون الدائن قد أجراها خلال فترة التعليق • فهذه الأعمال تبقى رغم تحقق الشرط • ويجد هذا الاستثناء تبريره فى أن هذه الأعمال من الضرورى القيام بها فى الوقت المناسب حتى لا يتعطل استغلال الأموال • على أن هذا الاستثناء مشروط من ناحية بحسن نية الدائن الذى أجراها ومن ناحية أخرى بعدم تجاوز هذه الأعمال الحد المألوف فى أعمال الادارة (والمألوف فى مدة الاجرة مثلا — هو ثلاث سنوات) •

الاثر الرجعى للشرط (١، ٢) :

٢٢٧ — اذا تحقق الشرط أو تخلف فان تحققه أو تخلفه انما يستند الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام • ويقال عندئذ أن للشرط

= له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع فى الهبة ؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين، ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه ... » . نقض ١٩٧٨/٣/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٥٢ ص ٧٧٣ .

(١) انظر فى هذا الشأن :

JAMBU - MERLIN (R) : Essai sur la rétroactivité dans les actes juridique. Rev. trim. 1948. P. 271 - 299 ; GEGOUT : Essai sur la rétroactivité conventionnelle. Rev. crit. 1931 P. 253 et s. ; CHAUSSE (A) : DE la rétroactivité dans les actes juridiques Rev. crit. 1900 P. 529 — 547.

مارتى ورينو بند ٧٥٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٠٠ ؛ وراجع فى النتائج التى تترتب على الأثر الرجعى للشرط الواقف :

LOUSSOUARN (Yvon) : Consequences de la rètroactivitè de la condition suspencive. Rev. trim. 1969 P. 564. No. 13.

(٢) انظر • من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه القاعدة : نقض ١٩٧٦/٢/١٩ (د. ١٩٧٦ — ا.ر — ١٥٠) ؛ نقض ١٩٦٨/١٠/٣ (د. ١٩٦٩ — ٨١ ؛ ر. ت ١٩٦٩ ص ٥٦٤ بند ١٣ وتعليق لوسوران) .

وقد قضى ، فى فرنسا ، بأنه فى حالة بيع عقار تحت شرط واقف ، فان قيمة هذا العقار يجب أن تكون مقدرة بالنظر الى يوم البيع وليس الى يوم تحقق الشرط ، وذلك لمعرفة ما اذا كان هذا البيع يقبل الابطال بسبب الغبن . انظر نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ (ج.ك.ب ١٩٦٧ — ٢ — ١٥٣٠٧) .

أثرا رجعيا (١) . ويأخذ القانون المدنى المصرى بهـذه القاعدة كأصل متبعا فى ذلك مذهب الشرائع اللاتينية . ويورد عليها بعض الاستثناءات، وذلك على العكس من الشرائع الجرمانية التى لا تأخذ بهذه القاعدة (٢) كأصل وذلك لما فيها من خطورة على مصالح الأغيار (٣) وان أجازتها فى بعض الاستثناءات (٤) .

٢٢٨ — وتبرر هذه القاعدة — عادة — على أساس من اعتبارها تفسيرا معقولا لارادة المتعاقدين (٥) اللذين لو كانا يعلمان منذ البداية أن الواقعة المستقبلة التىعلقا عليها وجـود الالتزام أو زواله سوف تتحقق بشكل مؤكد لما كانا قـد لجأ الى التعليق على الشرط فى الحالة الأولى ولما اتفقا على انشاء الالتزام أصلا فى الحالة الثانية (٦) . كما تجد تبريرها العملى فى حماية الطرف الذى يتحقق الشرط لمصلحته (وهو الدائن فى الشرط الواقف ، والمدين فى الشرط الفاسخ) من آثار

---

(١) وفى تأصيل هـذه القاعدة يرى البعض أنها مجاز أو افتراض قانونى . فى هـذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٩٧ ؛ بودرى لاكانتبنرى وبارد (اشار اليهما كاربونييه ص ٢٠٩) ؛ وفى مصر : د. اسماعيل غانم بند ١٥٠ ؛ فيما يرى فيها البعض الآخر مطابقة للحقيقة ؛ فالحق المشروط يوجد من قبل ، فى حالة كامنة ، قبل تحقق الشرط . وما حصول الحدث المستقبل الا تأكيدا له . انظر فى هذا المعنى : كورنى ، تعليق (س ١٩٥١ — ١ — ١٢٧ عمود ١) ؛ لارومبيير (اشار اليه كاربونييه ص ٢٠٩) .

(٢) كذلك لم يلجأ الرومان الى مثل هـذه الحيلة . اشـار لذلك جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ، وكاربونييه بند ٦٣ ص ٢٠٩ .

(٣) ويمثل كاربونييه لهذه الخطورة ، بفرض المشترى حسن النيـة الذى يشترى من مالك تحت شرط فاسخ .

(٤) كما انها تجيز للمتعاقدين اشتراطها صراحة فى العقـد ، حين لا ترتب الرجعية فى هـذه الحالة أثرها الا فى علاقة الطرفين . ودون اضرار بحقوق الغير . اشار لذلك : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٠٠ ؛ جوجلار (دروس مازو) بنـد ١٠٣٥ .

(٥) فى هـذا المعنى د. اسماعيل غانم بند ١٥٠ .

(٦) وانظـر عكس ذلك . وان هـذا التفسير اقرب الى التخمين ؛ لأن الطرفين لو كان لديهما فعلا مثل هـذه النيـة لكانا قـد افصحا عنها . اما وقـد التزما الصـمت — على العكس ، فان المنطقى اكثر أن يفترض انهما بتعليقهما الالتزام على واقعة مستقبلة ، قـد قصدا أن يرجئا نشأة هـذا الالتزام الى المستقبل . كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بنـد ٤٠٠ .

التصرفات التى يمكن أن يكون الطرف الآخر قد باشرها على الحق أثناء فترة التعليق . فلا تنفذ هذه التصرفات فى مواجهته [١] .

٢٢٩ — غير أن هذه القاعدة كما سبق أن ذكرنا تقبل الاستثناءات التالية :

١ — للطرفين أن يتفقا على استبعاد الأثر الرجعى للشرط . فطالما أن هذه الفكرة فى ذاتها انما تستند الى الارادة المحتملة للمتعاقدين ، فانه اذا ما كذبتها ارادتهما الحقيقية وجب التعويل على هذه الأخيرة [٢] .

٢ — كذلك قد تستعصى طبيعة بعض العقود على اعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط . كما فى عقود المدة أو العقود الزمنية . فاذا علق عقد الايجار — مثلا — على شرط فاسخ ولم يتحقق هذا الشرط الا بعد مدة معينة تمكن خلالها المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . فلا يمكن فى هذه الحالة أن نجعل لهذا الفسخ أثرا رجعيا طالما أن ما مضى من زمن (على انتفاع المستأجر بالعين) لا يمكن الرجوع فيه .

٣ — ومقتضى اعتبارات العدالة استبعاد فكرة الأثر الرجعى للشرط . اذا هلك محل الالتزام بسبب أجنبى أثناء فترة التعليق . وذلك لوضع هذه التبعة موضعها الذى ينبغى أن يكون . وقد حرص المشرع على تحقيق هذه الاعتبارات حين نصت المادة ٢/٢٧٠ مدنى على أنه « لا يكون للشرط أثر رجعى اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه » [٣] .

---

(١) فى هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ١٥٠ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الاستثناء : نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ (جـ.ك.ب ١٩٧١ — ٢ — ١٦٦٧٤ وتعليق مورجيون) ؛ نقض (عرائض) ١٩٢٥/٢/١٠ (س ١٩٢٥ — ١ — ٦٢) .

(٣) وفى نفس المعنى ، م ١١٨٢ مدنى فرنسى .

ذلك أنه من المعروف أن الشيء يهلك أصلا على مالكه . وهـذا ما يسمى بتبعة الشيء • فاذا كان هـذا الشيء محلا لعقد بيع فان تبعة هلاكه تكون رهنا بالتسليم ؛ وهذا ما يسمى بتبعة العقد • ومقتضى اعمـال فكرة الأثر الرجعى للشرط وهى لا تعـدو أن تكون مجـازا ؛ أن توضع التبعة فى بعض الفروض موضعا يخالف هـذه الأصول •

فاذا انعقـد البيع معلقا على شرط واقف وهلك المبيع فى فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ؛ فان اعمال فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط سوف يؤدى الى القول بأن البيع قـد انعقد منذ البداية باتا . وانتقلت بموجبه الملكية للمشترى • فاذا كان هـذا الأخير قـد تسلم المبيع فى فترة التعليق ومن ثم هلك تحت يده فانه هو الذى يتحمل تبعة الهلاك باعتباره مشتريا تسلم الشيء • وتبدو عدم عدالة هـذا الحل ــ بصفة خاصة ــ فى القانون الفرنسى الذى يربط تبعة الهلاك فى البيع بانتقال الملكية • ولمـا كانت هذه الأخيرة تعتبر ــ باعمال فكرة الأثر الرجعى قـد انتقلت للمشترى من وقت البيع فان المبيع يهلك عليه حتى ولو كان البائع لم يسلمه اليه بعد • لذلك كان من المفهـوم أن يعطل المشرع اعمال فكرة الأثر الرجعى فى هـذه الحالة • ومؤدى هـذا التعطيل أن الملكية لن تنتقل الى المشترى الا منذ تحقق الشرط • بيد أن الفرض هو أن محـل البيع كان قـد هلك قبل ذلك فى فترة التعليق وعندئذ لا يكون عقد البيع قـد انعقد لانعدام محله ؛ ولا يكون المبيع قـد خرج من ملك البائع ؛ فلا تنطبق فكرة تبعة العقد وانما نعود الى الأصل ، فتكون تبعة هلاك الشيء على مالكه ؛ وهو البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده •

أما اذا كان البيع قـد انعقد معلقـا على شرط فاسخ ، وهلك المبيع خلال فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فان مؤدى اعمال فكرة الأثر الرجعى أن يعتبر البيع كأن لم يكن منذ البداية أو بعبارة أخرى أن الشيء لم يخرج قط من ملكية البائع (مالكه الأصلى) فيهلك عليه وفقا للأصل فى تبعة هلاك الشيء ؛ وهو غير عادل ؛ خاصة اذا كان البائع

قــد سلم المبيع قبل هلاكه الى المشترى • لذلك يكون من المفهوم أيضا تعطيل فكرة الأثر الرجعى فى هــذه الحالة • ويترتب على هذا التعطيل ألا يعتبر البيع قــد زال الا منذ تحقق الشرط • وبعبارة أخرى يعتبر العقد قائما منذ نشأة الالتزام الشرطى وحتى تحقق الشرط • ولمـا كان الفرض أن المبيع قــد هلك فى هــذه الفترة أى أثناء قيام العقد فان قواعد تبعة العقد هى التى يجب أن تطبق . وبموجبها سوف ترتبط تبعة الهلاك بالتسليم •

٤ ــ لمـا كان مبنى فكرة التقادم المسقط أن الدائن يكون بامكانه أن يطالب بالدين ويقعــد عن هــذه المطالبة طيلة المدة التى حددها القانون ؛ بما يجعل من المفهوم سقوط حقه . وكان من شأن اعمال فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف أن يعتبر حــق الدائن مستحق الأداء من وقت الاتفاق ؛ فنحاسبه بهذا الشكل على مضى فترة التعليق كلها ؛ حين أنه كان لا يمكنه قانونا أن يطالب بحقه خلال هذه الفترة . كان من المنطقى أيضا أن يتعطل اعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط فى هــذه الحالة ، فلا تحتسب مدة التعليق فى حساب مدة التقادم المسقط . بمعنى أن هذا الأخير لا يبدأ فى السريان الا منذ تحقق الشرط (١) •

٥ ــ ويضاف الى كل ما تقدم ما سبق أن ذكرناه بخصوص بقاء أعمــال الادارة التى تصــدر من الدائن تحت شرط فاسخ فى فترة التعليق (٢) •

---

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٦٦/٣/١٠ المجموعة السنة ١٧ ؛ ع/٢ ؛ رقــم ٧٧ ص ٥٦٤ ؛ وفيه رأت المحكمة ؛ فى ضــمان الاستحقاق ؛ التزاما شرطيا ، يتوقف على نجاح المتعرض فى دعواه ؛ ويبدأ تقادمه من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، لا من وقت رفع دعوى الاستحقاق.

(٢) راجع فى التقليل من أهمية او قيمة مثل هــذه القاعدة مع وجود هــذه الاستثناءات الكثيرة عليها ؛ د. اسماعيل غانم بنــد ١٥٢ ؛ وانظر ايضا فى نقد الأخذ بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى ، وبخاصة لمـا فيهـا من خطورة على مصالح الأغيار ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٠٠ .

المبحث الثانى

الأجل (١)

Le terme

تعريف الأجل وخصائصه :

٢٣٠ — ورد تعريف الأجل فى المادة ٢٧١ مدنى ، حين قضت بأنه « يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع » • ومن هذا النص يمكن تعريف الأجل بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أو انقضاؤه• فاذا كان يترتب على حلوله نفاذ الالتزام سمى أجلا واقفا • وان كان يترتب عليه انقضاء الالتزام سمى أجلا فاسخا •

١ — الأجل أمر مستقبل :

٢٣١ — وفى هذه الخاصية يشترك الأجل مع الشرط • والأمر المستقبل قد يكون تاريخا محددا . كأن أوجرك منزلى ابتداء من أول يناير ١٩٨٦ ، أو واقعة مستقبلة قد لا يعرف تاريخ وقوعها بالضبط لكنها لم تحدث بعد • كأن أتعهد لك فى بداية العام الدراسى بايجار سيارة لك فى أجازة نصف العام التى لم تكن قد تحدد تاريخها بعد • فاذا كان الالتزام قد أضيف الى أمر يعتقد أنه لم يتحقق بعد . وكان فى الواقع قد تحقق ، فان الالتزام يكون فى الواقع منجزا • كما لو تعهد شخص لآخر باهدائه كتابا عند ظهور نتيجة الامتحان وتكون النتيجة قد ظهرت من قبل دون أن يعلم •

٢ — الأجل امر محقق الوقوع :

٢٣٢ — وهذه الخاصية هى التى تميز الأجل عن الشرط • لأن هذا الأخير — كما سبق أن ذكرنا — أمر مستقبل غير محقق الوقوع •

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : عبد الناصر توفيق العطار . الأجل فى الالتزام . رسالة القاهرة ١٩٦٤ .

وهو لذلك يجعل الالتزام المعلق عليه محتملا فى وجوده أو انقضائه • أما الأجل فهو أمر محقق الوقـــوع فى المستقبل ، حتى ولو لم يعرف تاريخ وقوعه بالتحديد كالوفاة [١] • ولذلك فان مصير الالتزام المضاف الى أجل : معروف مقدما ؛ اذ يكون بالامكان مقدما معرفة الوقت الذى سيبدأ فيه سريانه أو الوقت الذى سينقضى فيه • وهـــذه الخاصية تنعكس على أثر الأجل لتميز بينه أيضا وبين الشرط • فالأجل كوصف للالتزام لا أثر له فى وجوده . لأنه يرد على التزام موجود بشكل مؤكد ، ليرجىء نفاذه أو يحدد مدة هـــذا النفاذ : حـــين يرد الشرط كوصف للالتزام على وجود هـــذا الالتزام ذاته فيجعله محتملا •

وقـــد يبدو ـــ من ظاهر عبارات العقد ـــ فى بعض الأحيان ، أن الأمر يتعلق بأجل ، حين أنه يتعلق فى الحقيقة بشرط : ما دام أن الواقعة المستقبلة غير محققة الوقوع • ومثاله . ما طرح على محكمة النقض المصرية ، حيث كان عقد ايجار يتضمن بندا مفاده أن مدة هـــذا العقد سنة واحـــدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص ويجوز تجديدها لمـــدة أخرى ، ويصرح للمستأجر ـــ والى أن يصدر هـــذا الترخيص ـــ باجراء التحسينات التى قـــد يرى ادخالها فى المكان المؤجر ؛ لكن لا يجوز له أن يبدأ فى افتتاح المكان وتشغيله قبل الحصول على الترخيص • وقـــد قضت ـــ بحـــق ـــ فى هـــذه الدعوى : بأن عقد الايجار هنا يكون معلقا نفاذه « على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الادارى اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة . باعتباره ليس مرتهنا بارادة أحـــد طرفى الالتزام ؛ وانما يتصل أيضا بعامل خارجى هو ارادة الجهة الادارية المختصة باصدار الترخيص » [٢] •

---

(١) وتقضى الفقـــرة الثانية من المـــادة ٢٧١ مدنى مصرى بأنه : «ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيـــه » .

(٢) نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ ؛ وراجع ـــ بوجـــه عام ـــ فى التفرقة بين الأجل والشرط مقال لوسوارن • بالمجلة الفصلية ١٩٧٠ سابق الاشارة اليه .

انواع الأجـل :

ا — انواع الأجل من حيث اثره :

٣٣٣ — ينقسم الأجل من حيث أثره الى نوعين :

اجل واقف : يترتب عليه ارجاء تنفيذ الالتزام الى وقت حلول الأجل ، كالتزام المقترض برد القرض فى الميعاد المتفق عليه .

٣٣٤ — والالتزام المضاف لأجل واقف له وجوده الكامل ؛ ولكنه التزام غير نافذ [١] ؛ أو بعبارة أخرى غير مستحق الأداء . ويتفرع على وجوده أنه يقبل الخلافة العامة أو الخاصة من جانب الدائن به . وأن من حق هـذا الأخير أن يتخذ من الاجراءات التحفظية ما يقتضيه الحفاظ على هـذا الحق . كمـا يتفرع على عدم نفاذه ، أنه لا يقبل التنفيذ الجبرى ؛ ومن ثم فان الدائن به لا يمكنه أن يطـالب المـدين بتأديته قبل حلول الأجل [٢] (ما لم يكن الأجل مضروبا لمصلحة الدائن وحده ، كمـا سنرى فيما بعد) . كذلك اذا أوفى به المدين عن غلط ، أى عن جهل بقيـام الأجل جاز له بموجب المـادة ١/١٨٣ مدنى أن يسترد ما أوفاه ؛ وان كانت الفقرة الثانية من نفس النص قـد أضافت أنه « يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » [٣] . ولمـا كانت المقاصة هى نوع من

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (ع/١) رقم ٥٦ ، ص ٣٧٦ .

(٢) ويؤكد بعض الشراح الفرنسيين ، ان الدعوى التى يرفعها الدائن قبل حلول الأجـل لا تكون مقبولة ؛ حتى ولو فرض أنه — اى الأجل — سيحل قبل صدور الحكم فيها ؛ لأن شروط قبول الدعوى يجب ان تقـدر بالنظر الى يوم رفعها . انظر كاربونييه بنـد ٦١ ص ٢٠٠ .

(٣) وفى فرنسا : تقضى المـادة ١١٨٦ مدنى بعدم جـواز المطالبة بالدين المضاف لأجل « قبل أن يحل موعد استحقاقه » . ولكنهـا تضيف « ومع ذلك ، فان ما يدفع معجلا (اى قبل حلول الأجل) لا يمكن المطالبة باسترداده » .

=

التنفيذ الجبرى : كان من البديهى أن الدائن بالتزام مضاف الى أجل واقف ، لا يستطيع أن يقاصى بينــه وبين دين عليه لمدينــه مستحق الأداء ، خاصة وأن المقاصة تفترض وجــود دينين مستحقى الأداء ، اللهم الا اذا كان مصــدر الأجل الواقف هــو حكم القاضى (فيما يسمى فى الاصطلاح بنظرة الميسرة ، كما سنرى فيما بعد) ، فان هــذا النوع من الأجل لا يحول دون المقاصة اذا فرض وأصبح المدين (الذى منح هــذا الأجل) دائنا لدائنه [١] ، لأن القــاضى ما منح ــ بالفرض ــ هــذا الأجل للمدين الا لأنه لم يكن قادرا على الوفاء ، فاذا ما أصبح قادرا ــ لمــا نشأ له من حق فى مواجهة الدائن ، فقد الأجل مبرره ، وتعين عليه الوفاء بالدين الذى كان مستحقا عليه من قبل ، والمقاصة هى طريق لهذا الوفاء [٢] .

كذلك يتفرع على عدم نفاذ هــذا الالتزام أن المدة التى يتوقف فيها نفاذه لا تدخل فى حساب مدة سقوطه بالتقادم ، وأن الدائن ــ

= ويرى الفقه الفرنسى فى عمومية هــذه الاضافة معنى ان الوفاء قبل حلول الأجل يكون نهائيا ، ومن ثم لا يجعل محلا لدعوى استرداد ، حتى ولو كان هــذا الوفاء قــد تم عن **غلط** ، اى عن جهــل من المدين بقيام الأجل : انظر فى هــذا المعنى : جوسران بند ٧٢٧ ؛ ستارك بند ١٨٤٧ ؛ كاربونييه بنــد ٦١ ص ٢٠٠ ؛ مارتى ورينو بنــد ٧٢٩ (وهما يؤكدان ان الموفى لا يستطيع ان يسترد ولا ما يقابل الوفاء المعجل من الفوائد) ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنــد ٤٠٢ (وان كانوا يقولون ان العدل والمنطق كان يستوجب القول بامكان الاسترداد) .

ويشير جوجلار الى ان الاضافة سابقة الاشارة ، استعارها واضعوا المجموعة المدنية من القانون الرومانى (دروس مازو بنــد ١٠٢٠) ، ورغم انه يرى فى قسوة هــذا الحل قسوة منطقية ، الا انه يشكك ــ مع ذلك ــ فى عدالة هــذا الحل .

ويرى كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، ان المدين ، فى هذه الحالة ، لا يعتبر متبرعا للدائن بما يعادل الفائدة التى عادت على هــذا الأخير من الوفاء المعجل ؛ لأن نيــة التبرع ــ وقــد اوفى بالفرض عن غلط ــ لا تكون متوافرة لديه ، بنــد ٤٠٢ .

(١) وعلى ذلك صراحة نص المــادة ٢/٣٦٢ مدنى مصرى ، والمــادة ١٢٩٢ مدنى فرنسى .

(٢) وفى هــذا المعنى يقول جوسران (بنــد ٧٢٦) : ان « المدين كان يزعم (اى عندما طلب الأجل من القاضى) انه ليس لديه ما يفى به ، لكن ها هي الظروف اصبحت تمكنه من أن يفى بطريق المقاصة » .

وحقه غير مستحق الأداء بعد — لا يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية ولا أن يتمسك بحقه فى الحبس •

٢٣٥ - **اجل فاسخ** . أو بتعبير أدق : منهى : يرد على العقود المستمرة أو دورية التنفيذ (١) : ويترتب عليه انقضاء الالتزام منذ حلول الأجل دون مساس بما سبق أن رتبه هذا الالتزام من آثار • وهو لذلك — كما يرى البعض — ليس وصفا للالتزام بالمعنى الدقيق ما دام أنه لا يعدل من آثاره (٢) • اذ الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام الزمنى أن ينقضى بانتهاء مدته (٣) •

٢٣٦ — والالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام نافذ ولكنه موقوت • ويترتب على نفاذه أن الدائن به يمكنه اقتضاؤه جبرا أو اختيارا • كما يمكنه أن يتصرف فيه • ويترتب على توقيته أن مصيره الحتمى الى الزوال بحلول أجله • ومن تاريخ هذا الزوال تزول أيضا كل التصرفات التى يكون الدائن به قد باشرها عليه أثناء وجوده •

* * *

---

(١) فى هذا المعنى : د. اسماعيل غانم بند ١٢٧ الذى يؤكد ان هذا النوع من الأجل لا يتصور وجوده الا فى الالتزامات المستمرة او دورية التنفيذ . وانظر ايضا : ستارك بند ١٨٤٠ .

(٢) فى هذا المعنى د. السنهورى ج ٣ البنود ٥٢ ، ٥٥ : ٥٦ ؛ د. انور سلطان بند ٢٢٨ ؛ د. اسماعيل غانم الاشارة السابقة .

ويرى بعض الشراح فيه سببا او طريقا من طرق انقضاء الالتزام : انظر فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠١٦ ؛ د. شمس الدين الوكيل ص ٢٢٠ ؛ د. ابو ستيت بند ٦٧٠ ؛ فيما يكتفى البعض الآخر بأن يرى فيه اقرب الى طرق انقضاء الالتزام منه الى اوصاف الالتزام : فى هذا المعنى مارتى وربنو بند ٧٢٧ ؛ د. البدراوى بند ١٩١ .

(٣) وراجع ، فى معنى امكان ان تقترن العقود غير الزمنية باجل فاسخ ، يعتبر فيها وصفا للالتزام بالمعنى الدقيق ؛ وفى امثلة لهذه العقود . د. السنهورى ج ٣ بند ٥٦ ؛ ومن بين هذه الأمثلة : ان تتعهد شركة بصيانة سيارة او مصعد او نحو ذلك من الآلات لمدة سنة ، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة : حيث يكون الألتزام هنا مقترنا بأجل فاسخ ، ما دام ان الزمن عنصرا جوهريا فى هذا العقد .

٢٣٧ ــ هــذا واذا كان من غير المتصور أن يجتمع فى عقــد واحد كل من وصفى الأجل الواقف والشرط الواقف ؛ حيث لا يمكن أن تكون الواقعة المستقبلة ــ فى آن واحــد ــ مؤكدة الوقوع (فتكون أجلا) وغير مؤكدة الوقوع (فتكون شرطا) ؛ الا أنه من الممكن تصور امكان اجتماع الشرط الواقف مع الأجل الفاسخ ، وذلك اذا كان الالتزام معلقا فى نشأته على واقعــة مستقبلة غير مؤكدة الوقوع . تشكل هى نفسها مبدأ سريان أجل فاسخ بافتراض تحققها ؛ أو بتعبير آخر حين يكون العقد مضافا أيضا فى نفاذه الى أجل فاسخ يبدأ حسابه من يوم تحقق هــذه الواقعة . ومثــال ذلك : الفرض الذى سبق أن أشرنا اليه ، والذى طرح على محكمة النقض المصرية حيث كان ايجار محل يتضمن بندا بأن مدته سنة واحدة تبدأ من تاريخ حصول المستأجر على ترخيص من جهة الادارة بمباشرة المهنة أو الصناعة . فصدور الترخيص ــ كما سبق أن أيدنا ــ هو شرط يوقف التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . فاذا ما تحقق هــذا الشرط فبدأ نفــاذ الالتزام ، بدأ فى نفس الوقت احتساب مدة السنة التى بنهايتها يحل الأجل المنهى لالتزام المؤجر [٤] .

(ب) أنواع الأجل ، من حيث مصدره :

٢٣٨ ــ كما ينقسم الأجل من حيث مصدره الى : أجل اتفاقى وأجل قانونى وأجل قضائى . والأول مصدره اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا . ويمكن أن يستخلص الأجل ضمنا من ظروف التعــاقد . كالتزام ادارة المعارض بتأجير جزء من الأرض المخصصة لهذا الغرض

---

(٤) كذلك قد يقع الخلط احيانا بين الأجل الفاسخ والشرط الفاسخ ، خصوصا وأن الالتزام فى كل من الحالتين يكون موجودا ونافذا من وقت نشأة العقد . وقــد رأت احــدى محاكم الاستئناف فى مصر ، شرطا فاسخا ، فى العقد الذى اقترن به التزام المدين بالدين . والذى كان مقتضاه أن هــذا الالتزام يعتبر لاغيا ولا وجود له فى حالة وفاة الدائن . فيما رأت فيه محكمة النقض ــ بحــق ــ أجلا فاسخا يقتصر أثره على مجرد وضع حــد زمنى ينتهى به التزام المدين . أنظــر نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقــم ٢١٨ ص ١١١٢ .

لاحدى الشركات فيكون هـذا الالتزام مضافا — ضمنيا — الى أجل واقف هو التاريخ الذى ابتداء منه يمكن للشركة أن ترتب معروضاتها استعدادا ليوم الافتتاح ، والى أجل فاسخ هو نهاية مدة المعرض[١، ٢]. والثانى هو الذى يجد مصـدره فى نص القانون كحق المنتفع — على سبيل المثال — فهو مضاف قانونا الى أجل فاسخ هو وفاة المنتفع . والثالث يكون مصدره القضـاء ويسمى الأجل فى هـذه الحالة بنظرة الميسرة delai de grâce . حيث أجاز المشرع للقاضى — فى حالات استثنائية — اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه . اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هـذا التأجيل ضرر جسيم [٣] . (م ٢/٣٤٦ مدنى) .

---

(١) ويسوق كاربونييه (بند ٦١ ص ٢٠٠) مثالا للأجل الضـمنى : ايجار عمارة تحت التشييد : حيث يكون هذا الايجار مضافا لأجل واقف هو اليوم الذى تصبح فيه الشقق صالحة للسكنى .

(٢) واذا كان الأجل الضمنى — واقفا كان او فاسخا — مما يمـكن تصوره بسـهولة ، فان الشرط الضـمنى ، قلما يكون ، على العكس ، متصورا . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى ، حول هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٨١/٣/١٩ (د. ١٩٨١ — أ.ر — ٤٤٣ وتعليق لاروميه) .

(٣) ويقترب من حكم هذه المـادة ، فى القانون الفرنسى ، نص الفقرة الثانية التى أضافها المشرع بقانون ٢٠ اغسطس ١٩٣٦ الى المـادة ١٢٤٤ من المجموعة المدنية ، وان كانت تستلزم الا تزيد هذه المهلة القضائية عن مـدة سنة .

وكانت هذه المـادة قبل تعديلها بقانونى ٢٥ مارس ، ٢٠ اغسطس ١٩٣٦ ، تستلزم ان يكون تدخل القاضى ، بمنح هـذا الأجل ، فى أضيق الحدود ، او وفقا لعبارة هذا النص ، مع التحفظ الشديد «avec une grande réserve» . لمـا فى هذا التدخل من مساس بمبدا حـرية الاتفاقات . ثم حذف بعد ذلك هذا التحفظ . انظر فى التعليق على هـذا الحذف ، وعلى التعديل الذى ادخله المشرع على هذه المـادة بوجه عام :

RIPERT : Le droit de ne pas payer ses dettes.

D. H. 1936 - chr - p. 57 et s.

وانظر فى تفاصيل شروط منح نظـرة الميسرة فى القانون الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٤٠٨ .

الوفاء عند المقـدرة او الميسرة :

٢٣٩ — قـد يتفق المتعاقدان على أن يكون الوفاء بالالتزام فى الوقت الذى يتمكن فيـه المدين من ذلك : وعندئذ قـد لا يعرف ما اذا كان مثل هـذا الاتفاق يعتبر تعليقا على شرط ، هو مقدرة المدين أو ميسرته أم أنه اضافة لأجل هـو المقدرة أو الميسرة • وتتضح على الفور أهمية الاختيار بين هـذا التكييف أو ذاك ، لأنه اذا كان المقصود بهذا الاتفاق تعليق التزام المدين على شرط ميسرته فان هـذا الشرط يجعل الالتزام قبل تحققه مجرد احتمالى ، وقـد لا تتحقق واقعـة اليسار على الاطلاق فيموت المدين معسرا فلا يكون من حـق الدائن — وقـد تخلف الشرط — أن يشترك مع الدائنين الآخرين فى اقتسام تركة المدين قسمة الغرماء • أما اذا قصد بهذا الاتفاق أن تكون الميسرة مجرد أجل يضاف اليه التزام المدين : كان حق الدائن موجودا ومؤكدا ولكنه غير نافذ حتى الوقت الذى تتحقق فيه هـذه الميسرة ، وهو ينفذ على كل حال عند وفاة المدين • فيكون للدائن أن يستوفى حقه من تركته بالاشتراك مع سائر الدائنين •

٢٤٠ — وبدهى أن الفيصل فى الاختيار بين هـذا الحل أو ذاك هو ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين • ورغم ندرة هذه الصورة فى العمل الا أن المشرع قـد تبصرها ، ووضع لحلها قرينة يعتبر بمقتضاها مثل هـذا الاتفاق اضافة الى أجل [1] وليس تعليقا على شرط • وهى قرينة تقبل اثبات العكس • وخول القاضى — عند عـدم الاتفاق بين الدائن والمدين على تحديد أجل الوفاء بالالتزام الذى أجـلاه الى ميسرة . أن يحدد الميعاد المناسب لهـذا الوفاء « مراعيا فى ذلك موارد المدين

---

(١) وقد قضت — بوجه عام — محكمة النقض المصرية ، بانه ، اذا اتفق على تاخير تنفيذ الالتزام الى وقت القيام بعمل متعلق بارادة المدين ، فان ذلك يعد اتفاقا على اجل غير معين ، وللدائن الحق فى ان يدعو المدين الى القيام بالعمل الموكول لارادته ، او ان يطلب من القاضى أن يحدد اجلا معقولا للقيام بهذا العمل . انظر نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٥٦ ص ٣٧٦ .

الحالية والمستقبلة ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » (م ٢٧٢ مدنى) (١) .

انتهاء الأجل :

٢٤١ — ينتهى الأجل عادة بحلوله وقد ينتهى قبل ذلك بسقوطه أو بالتنازل عنه .

اولا : انتهاء الأجل بحلوله :

٢٤٢ — ينتهى الأجل اذا حل التاريخ المحدد الذى أضيف اليه الالتزام أو تحققت الواقعة المستقبلة التى جعلها الطرفان أجلا له .

ثانيا : انتهاء الأجل بسقوطه :

٢٤٣ — كما ينقضى الأجل الواقف — قبل ميعاده — بحرمان المدين منه ، أو بتعبير آخر بسقوط هذا الأجل . وقد أوردت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط الأجل (٢) ، ويمكن تلخيصها فيما يأتى :

---

(١) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى ؛ المادة ١٩٠١ مدنى، التى وردت فى خصوص القرض . وانظر من تطبيقات القضاء لهذا النص : نقض ١٩٧٣/١١/٦ (د. ١٩٧٤ — ٩١ والتعليق) . وقد انتهت المحكمة فى هذا الحكم الى انه اذا ما كان المدين قد أصبح قادرا على الوفاء بجزء من التزاماته ، فان الأجل يكون قد حل بنسبة هذا الجزء . وانظر ايضا : استئناف باريس ١٩١٢/١١/١٩ (د. ١٩١٣ — ٢ — ١٢٦) .

كذلك جاء فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية أنه اذا ما كان المدين قد تعهد بان يسدد كامل مديونيته للدائن عندما يبيع بعض عقاراته ، فان لمحكمة الموضوع ان ترى — بموجب ما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن — أن النية المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت فى هذه الحالة الى تحديد اجل لهذا السداد ؛ وبالتالى فانه لا تثريب عليها ان هى قضت — بعد ما ثبت لديها ان الآمال التى كان المدين يعلقها على هذا البيع كانت وهمية ، وأنه لم يكن على الدائن ان يصبر على تحقق هذا الحدث الا لمدة معقولة — بالاستجابة لطلب الدائن الذى انتظر طيلة عشر سنوات . نقض ١٩٧٦/١/٢٨ (د. ١٩٧٦ — س — ٣٤ والتعليق) .

(٢) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى ؛ المادة ١١٨٨ مدنى، وهى تتضمن سببين فقط لسقوط الأجل هما : افلاس المدين ، واضعافه (أى بفعله) للتأمينات التى قدمها الدائن بموجب العقد . ويبرر بعض =

١ — يسقط الأجل بشهر افلاس المدين اذا كان تاجرا : أو بشهر اعساره اذا لم يكن كذلك • وقد سبق أن ذكرنا فى دراستنا لشهر الاعسار أنه يلزم أن يصدر حكم به من القضاء • وأن المقصود بالاعسار هنا هو الاعسار القانونى . فلا يكفى أن يكون المدين فى حالة اعسار فعلى • كما سبق أن عرفنا مبررات الحكم بشهر الاعسار وما يترتب عليه من اسقاط آجال الديون المؤجلة بغية كفالة قدر من المساواة بين الدائنين (٢) •

٢ — كما يسقط الأجل باضعاف التأمينات الخاصة التى تضمن الوفاء بالدين للدائن . كالرهن مثلا . ولو كان هذا الرهن قد أنشىء بمقتضى عقد لاحق على عقد القرض . بحيث يصبح هذا التأمين أقل من قيمة الدين الذى يضمن الوفاء (٣) • لكن التمثيل بالرهن لا يعنى — كما هو الحال فى القانون الفرنسى (٤) — أن التأمين الذى يؤدى اضعافه الى سقوط الأجل يجب أن يكون ناشئا عن عقد (٥) . بل يمتد

= الشراح سقوط الأجل فى هاتين الحالتين ، بأن المدين فيهما يصبح غير جدير بالثقة التى على اساس منها كان الدائن قد منحه هذا الأجل . فى هذا المعنى : بوتييه اشار اليه جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٦ ، وانظر ايضا : ستارك بند ١٨٥٢ .

(٢) ورغم أن المادة ١١٨٨ مدنى فرنسى لا تتكلم . كما اشرنا : الا عن **الافلاس** ، الا ان القضاء الفرنسى مستقر على أن **اعسار** المدين **يمكن أن يؤدى الى سقوط الأجل ايضا** ، شريطة ان يطلب الدائن هذا السقوط من قاضى الموضوع . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٧٥/١٢/١٦ (د. ١٩٧٦ — ١.ر — ٨٠) ، استئناف باريس ١٩٤٠/٢/٢٣ (ج.ب ١٩٤٠ — ١ — ٣٥١) ؛ ومن الأحكام القديمة : نقض١٨٩٢/٣/٣٠ (د. ١٨٩٢ — ١ — ٢٨١ وتعليق بلانيول ، س ١٨٩٢ — ١ — ٤٨١ وتعليق لابيه) . وانظر فى معنى عدم تفضيل هذا الحل الذى يجرى عليه القضاء : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤٠٣ .

(٣) ويرى بعض الشراح الفرنسيين ، من قبيل اضعاف التأمين : أن يؤجر المدين عقاره (المرهون ضمانا لحق الدائن) لمدة طويلة ، بحسبان هذا الايجار يقلل من قيمة العقار . انظر جوجلار (دروس مازو ، بند ١٠٢٦ .

(٤) م ١١٨٨ مدنى فرنسى .

(٥) راجع فى تفاصيل شروط سقوط الأجل بموجب هذا السبب فى القانون الفرنسى : مارتى ورينو بند ٧٣٣ ؛ جوسران بند ٧٣٤ ، كولان وكابيتان ودى لاورانديير بند ٤٠٣ .

=

الى كل تأمين خاص ولو كان ناشئا عن غير عقد . كحق الامتياز مثلا . وهو ينشأ بنص القانون (١) .

٣٤٤ — هذا وقد خرق المشرع فى أثر اضعاف التأمينات على سقوط الأجل . بين ما اذا كان هـذا الاضعاف قـد تم بفعل المدين عمـدا أو اهمالا . وبين ما اذا كان بسبب أجنبى لا يد له فيه (٢) . وجعل للدائن — فى الحالة الأولى — خيارا بين التمسك بسقوط الأجل والمطالبة بحقـه الذى أصبح مستحق الأداء . وبين أن يستبقى الأجل على أن يقوم المدين بتكملة التأمين الى الحالة التى كان عليها قبل اضعافه ؛ حين يتعين على هـذا الأخير أن يقوم بهذه التكملة . وأما فى الحالة الثانية ؛ فان الخيار يكون للمدين بين أن يستند الى سقوط الأجل ويفى حـق الدائن أو يختار الابقـاء على الأجل على أن يقدم للدائن ضمانا كافيا للوفاء بحقه . ولا يلزم أن يعيد هـذا الضمان الى الحـالة التى كان عليها قبل أن أضعف ما دام يجعل هـذا الضمان كافيا للوفاء بحـق

= ويبدو ان الفقه الفرنسى يمـد — مع ذلك — حكم المـادة ١١٨٨ الى التأمينات التى يقررها القانون بالاستناد الى ارادة المتعاقدين الضمنية . كامتياز البائع مثلا :

انظر فى هذا الاتجاه : مارتى ورينو بنـد ٧٢٣ ؛ اما القضاء الفرنسى فانه منقسم فى شأن هذا التوسع . انظر من بين الاحكام التى تؤيده : نقض (عرائض) ١٨٦١/١/٢١ (د. ١٨٦١ — ١ — ١٧٠) ؛ استئناف شامبرى ١٩٠٢/٥/١٣ (د. ١٩٠٣ — ٢ — ٢٣٦) ؛ ومن بين الأحكام التى لا تؤيده انظر : نقض ١٨٧٠/٥/١٤ (د. ١٨٧٠ — ١ — ١١) ؛ اسـتئناف روان ١٩٠٣/٦/٢٤ (ج.ب ١٩٠٣ — ٢ — ٢٨٠) .

(١) ويرى د. السنهورى (جـ ٣ بنـد ٧٣) انه من غير المتصـور ان يمتد سقوط الأجل الى اضعاف التأمينات المتمثلة فى حقوق الاختصاص ؛ لأن هـذه الحقوق لا تؤخذ الا بموجب حكم واجب التنفيذ . وهو ما يفترض حتمـا أن الدين مسـتحق الأداء . وقارن د. اسماعيل غانم الذى يرى — على العكس — أنه من المتصور ان يكون الدين مستحق الأداء ويحصل الدائن على حـق اختصاص ثم يتفق مع المدين على تأجيل الدين بعد ان اطمأن الى ضمانه (بنـد ١٣٥ ؛ وهامش ٢ من ص ٢٨١) .

(٢) اما اذا كان اضعاف التأمين بفعل الدائن نفسه ، فان حق المدين فى الأجل — بداهـة — لا يسقط . انظر فى هـذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٩/٢/١١ المجموعة السنة ٢٠ (ع/١) رقم ٤٨ ص ٣٠٣ ؛ ونقض فرنسى (عرائض) ١٨٧٨/٧/٢٤ (د. ١٨٧٨ — ١ — ٣٣٦) .

الدائن [١] . وهكذا تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى بأن حق المدين فى الأجل يسقط « اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا » .

٣ — ويسقط الأجل — أخيرا — بنكول المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه للدائن من تأمينات ، ما دام أن هذا الأخير ما قبل أن يمنح الأجل الا مقابل هذا الوعد [٢] .

ثالثا — انتهاء الأجل بالتنازل عنه :

٢٤٤ — كذلك ينتهى الأجل بالتنازل عنه من جانب من ضرب لصالحه . فاذا كان هذا الأجل قد ضرب لصالح المدين [٣] وحده (كما فى حالة القرض بدون فائدة) كان له أن يتنازل عنه ويفى بالدين فورا . وان كان قد ضرب لصالح الدائن وحده (كما فى حالة الوديعة

---

(١) ولم تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية هذه التفرقة ، انما يواجه المشرع الفرنسى فقط سقوط الأجل باضعاف التأمينات الخاصة متى كان ذلك بفعل المدين . وتبعا لذلك يرى الفقه الفرنسى أنه اذا ما كان ضعف التأمين يرجع الى قوة قاهرة ، فان الأجل لا يسقط . انظر ستارك بند ١٨٥٥ ؛ مارتى ورينو بند ٧٣٣ .

(٢) ورغم ان المجموعة المدنية الفرنسية لم تتضمن هذا السبب من اسباب السقوط ، الا أن القضاء ثابت على التسوية بين هذا النكول واضعاف التأمينات بفعل المدين . انظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٠٠/٥/٢ (س ١٩٠١ — ١ — ١٤) ؛ واستئناف مونبلييه ١٩٣١/٤/٢٣ (ج . ب ١٩٣١ — ١ — ٨٧٩) .

(٣) والمادة ١١٨٧ مدنى فرنسى تفترض ان الأجل يكون مشروطا لمصلحة المدين ، الى أن يثبت العكس ، فهى تقضى بأنه « يفترض دائما أن الأجل مشروط لمصلحة المدين ، ما لم يستخلص من شرط فى العقد ، أو من الظروف ، أنه مشروط أيضا لمصلحة الدائن » . وانظر فى شرح هذه المادة : ستارك بند ١٨٥٠ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٥ .

بدون أجر) كان له كذلك أن يتنازل عنه [١] • أما اذا كان مقررا لصالح الطرفين معا (كما فى حالة القرض بفائدة) فلا يستطيع أى منهما أن يستقل بالتنازل عنه بارادته المنفردة ؛ لأن لكل من الطـرفين مصلحة فى التمسك بالأجل • ولذلك ففى هــذا المثــال لا يستطيع المدين أن يستأثر وحده بالتنازل عن الأجل ليقوم بدفع الدين فورا ، لأن للدائن مصلحة فى بقاء الأجل لتقاضى الفوائد • كما لا يستطيع الدائن بمفرده أن يجبر المدين على السداد فورا قبل حلول الأجل لأن لهــذا الأخير مصلحة فى ارجاء تنفيذ التزامه • فاذا قام الشك حول من تقرر الأجل لمصلحته . افترض أنه تقرر لمصلحة المدين •

اثر حلول الأجــل :

٢٤٥ ـ اذا كان الأجل واقفا ثم حل أصبح الالتزام نافذا . أو بتعبير آخــر مستحق الأداء منذ حلول هــذا الأجل • ويترتب على هــذا النفاذ أن يعامل هــذا الحق معاملة الحقوق المستحقة الأداء • أما اذا كان الأجل فاسخا ، ترتب على حلوله انقضاء الالتزام •

٢٤٦ ـ هــذا ويجـــدر التنويه الى أنه ـ على العكس من الشرط ـ لا يكون لحلول الأجل واقفا كان أم فاسخا ، أثرا رجعيا • ولذلك فقد تجنب الشراح الفرنسيون ـ وهــم منطقيون فى ذلك ـ أن يصفوا الأجل الذى ينتهى به التزام المدين بالأجل الفاسخ ، لأن لفظة الفسخ قــد تشعر بمعنى أن لهذا النوع من الأجل أثرا رجعيا فى تحققه • وفضلوا أن يطلقوا عليه تعبير : الأجل المنهى [٢] •
Le terme extinctif

---

(١) أما المدين • فى هــذا الفرض ، فانه لا يمكنه أن يفى بالدين قبل حلول الأجل . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هــذا المعنى : نقض (عرائض) ١٨٩٦/٤/٢١ (د. ١٨٩٦ ـ ١ ـ ٤٨٤ وتقرير فوازان) .

(٢) انظــر مثلا : مارتى ورينو بنـــد ٧٢٧ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنــد ٤٠٥ ؛ ستارك بنــد ١٨٤٠ ؛ جوجلار (دروس مازو) بنــد ١٠١٦ .

الفصل الثانى

الأوصاف التى ترد على محل الرابطة القانونية (تعدد المحل)
(الالتزام التخييرى والالتزام البدلى) (١)

الالتزام التخييرى (٢) : L'obligation alternative

٢٤٦ ــ الالتزام التخييرى هـو الالتزام الذى يشمل محله أشياء متعددة . تبرأ ذمة المدين اذا أوفى بواحد منها (م ٢٧٥ مدنى) .

ويفترض التعدد ، أن تتوافر الشروط القانونية فى عـدة أشياء أو فى شيئين منها على الأقل ، حتى يكون هنـاك خيار فى تعيين الشىء الذى يتم الوفاء به . فاذا لم تتوافر الشروط ، بالفرض ، الا فى شىء واحد ، كان الالتزام فى هـذه الحالة بسيطا لا موصوفا .

٢٤٧ ــ والأصل فى هـذا النوع من الالتزام أن يكون الخيار للمدين [٣] (م ٢٧٥) [٤] . لكن اذا كان لهذا الأخير أن يختار من بين

---

(١) لم تنظم المجموعة المدنية الفرنسية الا الالتزام التخييرى فقط . فى المواد من ١١٨٩ ــ ١١٩٦ ؛ لكن العمل فى فرنسا يعرف طائفة الالتزامات البدلية ايضا ، كما تطرح المنازعات بشأن مثل هـذا النوع من الالتزامات على القضاء الفرنسى . أشار لذلك ستارك بنـد ١٨٥٨ .

(٢) أنظر فى هـذا الشأن :

GBLER (M.J.) : Les obligations alternatives. R.T 1969 P. 1 à 28 ; CHEVALLIER (J) : L'obligation alternative R. T 1067 P. 384 - 385 No. 3.

وراجع فى التفرقة بين الالتزام التخييرى وكل من : الشرط الجزائى . والالتزام المعلق على شرط واقف ، والالتزام بشىء غير معـين بالذات . د. السنهورى جـ ٣ البنود ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ على الترتيب .

(٣) أنظر فى هـذا المعنى :

DEMOGUE (Rè) : A qui appertient le choix dans les dettes alternatives. R. T 1929 P. 1092 No. 16.

(٤) ويقابلها فى فرنسا نص المـادة ١١٩٠ مدنى .

الأشياء المتعددة ما يفى به . الا أنه لا يملك — بداهة — اجبار الدائن على قبول جزء من أحد الشيئين وجزء من الشىء الآخر ، وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٩١ مدنى فرنسى •

٢٤٨ — وخلافا للأصل سابق الاشارة ، قد يكون الخيار فى بعض الأحيان للدائن بموجب نص القانون • كما هو الحال مثلا فى خصوص اضعاف التأمينات التى تضمن حق الدائن بفعل هذا المدين ، حين يكون للدائن — كما بينا فى موضع سابق — الخيار ، عندئذ بين اقتضاء حقه من المدين فورا بسقوط أجل الدين ، أو الابقاء على الأجل مع مطالبة المدين باعادة التأمينات الى الحالة التى كانت عليها • وقد يصير الاتفاق بين الطرفين على أن يكون الخيار للدائن (م ٢٧٥ مدنى) : فيتعين — بداهة — اعمال هذا الاتفاق (١) •

٢٤٩ — فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فى هذا الشأن ، جاز للدائن — عندئذ — أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ؛ فاذا لم يتم ذلك . تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام (م ٢٧٦ مدنى) (٢) • أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فى هذا الشأن ، انتقل الخيار الى المدين (م ٢/٢٧٦) •

---

(١) وعلى العكس من نص المادة ١١٩٠ مدنى فرنسى ؛ الذى يشترط أن يكون مثل هذا الاتفاق صريحا • ورد نص المادة ٢٧٥ مدنى مصرى مطلقا فى هذا الشأن . وعموما ، اجازت محكمة النقض الفرنسية استخلاص مثل هذا الاتفاق ضمنا . انظر مثلا : نقض (عرائض ، ١٩٢٩/٧/١٧ (د. ١٩٢٩ — ١ — ١٤٣ وتقرير بريكو) .

(٢) وهذا الحكم لا نظير له فى القانون الفرنسى . ولذلك يرى بعض الشراح أنه اذا رفض المدين الاختيار ، فان للقضاء أن يجبره على ذلك ؛ وله — فى سبيل حمله على هذا الاختيار — أن يحكم عليه ، عند الاقتضاء ، بغرامة تهديدية . فاذا بقى المدين على رفضه ، فلا يكون للقاضى الا أن يحكم ضده بفسخ العقد مع التعويض . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٤٨ . وانظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٦٤/٦/٢٩ (ج.ك.ب ١٩٦٥ — ٢ — ١٤١٣٥ وتعليق بوكارا) .

٢٥٠ — وبديهى أنه اذا ما وقع الاختيار على أحـد الأشياء المتعددة فان هـذا الاختيار يكون نهائيا ، ولا يمكن من ثم العدول عنه بعد ذلك [١] .

٢٥١ — ولاستعمال الحق فى الاختيار أثره الرجعى : فى معنى أن الالتزام يعتبر بعد هـذا الاختيار كما لو كان قـد نشأ منذ البداية بسيطا . أو بعبارة أخرى، يعتبر كما لو كان ينحصر ، منـذ نشأته ، فى هـذا الشىء الذى وقع عليه الاختيار . ويتفرع على ذلك أنه اذا كان التزام المدين هو بنقل ملكية أحـد الأشياء من بين عدة منقولات معينة بالذات مملوكة له ، ثم وقع الاختيار على واحد منها ؛ فان الدائن يصبح مالكا لهذا الشىء ،ليس من وقت الاختيار وانما من وقت نشأة العقد . ومن ثم فلو فرض مثلاأن كان المدين قـد تصرف فى أحد هذه الأشياء ، بالبيع مثلا ؛ حين كان الخيار بالفرض ، للدائن ، وتصادف أن اختار هـذا الأخير الشىء بالذات الذى تصرف فيه المدين : فان بامكانه — وهو يعتبر بالفرض مالكا لهـذا الشىء من قبل أن يتصرف المدين فيه — أن يطالب المشترى باسترداد هـذا الشىء . وان كان هـذا الأخير يمكنه أن يدفع هـذه المطالبة . لا بأنه قـد تملك هـذا الشىء بموجب عقد البيع ، فالفرض أن البيع هنا يعتبر فى حكم البيع الصادر من غير مالك ؛ وانما بموجب قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية [٢] . متى كان هـذا المشترى حسن النية وقت الشراء ، لا يعلم بالعلاقة السابقة بـين الدائن والمدين وما تتضمنه هـذه العـلاقة من حق للدائن فى الاختيار [٣] .

٢٥٣ — ويبقى بعد ذلك التساؤل عن حـكم أو أثر هـلاك

---

(١) فى هـذا المعنى : شيفالييه ، مقال المجلة الفصلية سابق الاشارة ص ٣٨٤ ؛ وانظر أيضا جوجلار (دروس مازو) بنـد ١٠٤٨ .
(٢) فى هـذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٤١٠ .
(٣) وراجع فى نتيجة اخرى يمكن أن تترتب على رجعية اثر الاختيار هـذه : كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، الاشارة السابقة .

أو استحالة أحـــد الأشـــياء . أو جميعها . قبل استعمال الحـــق فى الاختيار • وفى هـــذا الشأن :

(أ) قـــد يكون الهلاك بسبب أجنبى :

ــ فاذا هلكت كل الأشـــياء . انقضى التزام المدين . ما لم يكن هلاكهـــا تاليا لاعذار الدائن له بوجوب التنفيذ [١] . حيث كان المدين قـــد تراخى فى الاختيار ومن ثم فى تنفيذ التزامه مما حمـــل الدائن على اعـــذاره •

ــ أما اذا بقى واحد من الأشياء دون هلاك . تحدد فيه المحل . ووجب على المدين أن يفى به [٢] •

(ب) وقـــد يكون الهلاك بخطأ المدين :

ــ فاذا كان الخيار له هو ، وهلكت كل الأشياء الا واحدا منها . تحدد فيه المحل • أما اذا هلكت كلها وكان مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد منها فقط ، تعين عليه أن يدفع للدائن قيمة آخـــر شىء هلك ، وعلى ذلك صراحة نص المـــادة ٢٧٧ مدنى •

ــ أما اذا كان الخيار للدائن : فان له أن يطالب بالشىء الباقى . أو بقيمة الشىء الذى هلك ، أو بقيمة أحـــد الأشياء الهالكة ان كانت قـــد هلكت كلها • وذلك حسب اختياره •

(جـ) وقـــد يكون الهلاك بخطأ الدائن :

ــ فاذا هلك أحـــد الشيئين وبقى الآخر ، وكان الخيار بالفرض للمدين ، كان من حق هـــذا الأخير أن يعتبر أن الشىء الذى هلك هـــو

---

(١) م ١١٩٥ مدنى فرنسى : وانظـــر ايضـــا كولان وكابيتان ودى لاموراندير الاشارة السابقة .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى ، فى هـــذا المعنى : استئناف باريس ١٩٥٩/٢/١٠ (د. ١٩٥٩ ــ ٢٥٦) ؛ وانظـــر ايضـــا جوسران بنـــد ٧٤٥ .

الشيء الواجب الأداء . فتبرأ ذمته في مواجهة الدائن . وقد يختار تأدية الشيء الذي تبقى . حين يكون له في هذه الحالة أن يرجع على الدائن بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه . أما اذا كان الخيار بالفرض للدائن ، فان لهذا الأخير أن يختار ما هلك بخطئه ، لتبرأ عندئذ ذمة المدين ويغطي في نفس الوقت خطأه هو . أما اذا فضل اختيار الشيء الباقي فله ذلك ، على أن يعوض المدين عن الشيء الذي هلك بخطئه .

— أما اذا هلكت الأشياء جميعا ، برئت ذمة المدين ، وكان له أن يطالب الدائن بقيمة جميع الأشياء الهالكة فيما عدا الشيء الذي كان سيختاره للوفاء بالالتزام . حين يكون الخيار للمدين . أما اذا كان الخيار للدائن . فان ذمة المدين ستبرأ أيضا ، ويكون على الدائن أن يعوض المدين عن جميع الأشياء الهالكة الأخرى غير الشيء الذي كان سيختاره هو (١) .

ثانيا — الالتزام البدلي (٢) : L'obligation Facultative

٢٥٣ — هو الالتزام الذي لا يشمل محله الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر م ٢٧٨/١ مدني . على أن يلاحظ أن مكنة الوفاء بالبديل قد صار الاتفاق عليها مقدما عند التعاقد .

٢٥٤ — ولما كان محل الالتزام يتحدد في شيء واحد ، فان هذا الشيء وليس البديل هو الذي يحدد طبيعة الالتزام (عقاريا

---

(١) وتجدر الاشارة في هذا الشأن ، الى أن المشرع لم ينظم من هذه الحلول ، الا فرض ما لو كان الخيار للمدين وهلكت الأشياء جميعا بخطئه . ومن ثم فان باقي الحلول ، على النحو الذي بيناه ، انما يمكن استخلاصها من القواعد العامة . أما المشرع الفرنسي فقد عالج أحكام الهلاك بنصوص أوفى من نصوص القانون المصري ، أنظر المواد ١١٩٣ ، ١١٩٤ ، ١١٩٥ مدني .

(٢) راجع في التفرقة بين هذا الالتزام ، والالتزام التخييري ، والنتائج التي تترتب على هذه التفرقة : مارتي ورينو بند ٧٦٥ .

وراجع في تفرقة أوفى بين هذا الالتزام وكل من : الالتزام التخييري ، والشرط الجزائي ، والعربون . د. السنهوري ج ٣ البنود ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ على الترتيب .

أو منقولا) • كما أنه هو الشيء الذي يحق للدائن أن يطالب به وحده • اللهم الا اذا اختار المدين أن يفي بالبديل • كما أن وحدة المحل تؤثر كذلك على أحكام البطلان والهـلاك • فاذا كان المحل الأصلي مستحيلا أو غير مشروع ، كان الالتزام باطلا ولو كان البديل ممكنا ومشروعا • واذا هلك المحـل الأصلي بسبب أجنبي لا يـد للمدين فيـه انقضى الالتزام [1] . ولا يحق للدائن أن يطالب بالبديل • بل حتى ولو كان هـذا الهلاك بخطأ المدين . لا يكون للدائن سوى المطالبة بالتعويض عن هذا الهلاك الا اذا اختار المدين أن يفي بالبديل توقيا لهذه المطالبة •

---

(١) انظر في هـذا المعنى ايضـا : ستارك بنـد ١٨٦٥ ؛ جوجلار (دروس مازو) بنـد ١٠٤٩ ؛ مارتي ورينو بنـد ٧٦٥ .

الفصل الثالث

الأوصاف التى تتعلق بأطراف الرابطة القانونية

(تعدد طرفى الالتزام ، التضامن ، وعدم القابلية للانقسام)

المبحث الأول

التضـــامن (١)

La 'Solidarité

تمهيـــد :

٢٥٥ ــ الأصل أن تكون الرابطة القانونية بين دائن واحـــد ومدين واحد . ولكن قـــد يتعـــدد أطراف هـــذه الرابطة . ســـواء فى جانبها الايجابى أو فى جانبها السلبى . ويظل الأصل ــ حتى فى هذه الحالة ــ أن ينقسم الدين ، فلا يلزم كل مدين الا بقـــدر حصته . ولا يحق لكل دائن أن يستوفى الا قـــدر حقه .

ولكن قـــد يتضامن أطراف الرابطة القانونية فى جانبها الايجابى فيكون من حق أى دائن أن يستوفى الدين كله نيابة عن بقية الدائنين . أو فى جانبها السلبى فيكون من حق الدائن أن يطالب أى مدين بالدين كله فاذا أوفاه المدين برئت ذمته وذمم باقى المدينين .

فالتضامن ــ بهذا الشكل ــ هو وصف فى الالتزام يجعل من حق أى من الدائنين المتعـــددين أن يقتضى الدين كلـــه نيـــابة عن باقيهم (فى التضامن الايجابى) ؛ أو يجعل من حق الدائن أن يرجع على أى من المدينين المتعددين بكل الدين (فى التضامن السلبى) (٢) .

---

(١) انظر فى هـــذا الموضوع :

HAILLECOURT (M.) : Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit. Français. Thèse Bordeaux 1911.

(٢) وليس ما يمنع ــ بداهة ــ أن يجتمع فى التزام واحد ، تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، حين يتعدد أطراف الرابطة القانونية فى كل من جانبها الايجابى والسلبى . وفى هذا المعنى : د. السنهورى ج ٣ بند ١٢٣ .

٢٥٦ — ولأن التضامن على هذا النحو قد ورد على خلاف الأصل . فانه لا يفترض . (م ٢٧٩ مدنى) [١] بمعنى أنه لا يثبت الا بمقتضى الاتفاق . صريحا كان أو ضمنيا [٢] بشرط أن يكون هذا الأخير قاطع الدلالة فى معناه . أو بنص القانون (فى حالة التضامن السلبى) [٣] . ونخصص لكل من نوعى التضامن مطلبا مستقلا .

---

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ١٢٠٢ مدنى الذى يجرى على نفس النسق تقريبا . أما فى القانون الألمانى . فان التضامن يفترض . حتى فى المسائل المدنية . ما لم يوجد اتفاق مخالف . انظر رسالة هاليكور سابقة الاشارة . كما أشار الى ذلك ايضا : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٧ ؛ جوسران بند ٧٨١ .

(٢) وفى فرنسا . تشترط المادة ١٢٠٢ سابقة الاشارة ان يكون الاتفاق على التضامن صريحا: «expressement». وتطبيقا لهذا النص . عابت محكمة النقض الفرنسية فى بعض احكامها . على قضاة الموضوع . استخلاصهم وجود هذا التضامن استنادا الى ارادة المتعاقدين الضمنية . انظر مثلا : نقض ١٩٢٤/١/٢١ (س ١٩٢٤ — ١ — ١٦٩ وتعليق فياليتون) . نقض ١٩٤٨/١١/٢٢ (س ١٩٤٩ — ١ — ١٩) . نقض ١٩٥٥/١٠/١٩ (د. ١٩٥٦ — ٤) . نقض ، تجارى ١٩٥٧/٥/٢٢ (د. ١٩٥٧ — ملخص — ص ١٠١) . لكن الفقه الفرنسى يجمع على عدم لزوم ذكر التضامن بلفظه فى العقد . ويفسر المقصود بصراحة الاتفاق عليه . وجوب أن تكون ارادة المتعاقدين واضحة فى معناه . وأن الشك — من ثم — يجب أن يفسر فى معنى انتفائه . انظر : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٧ . ستارك بند ١٨٧٨ ؛ مارتى ورينو بند ٧٨٢ ؛ جوسران بند ٧٨١ . وانظر ايضا : نقض (عرائض) ١٩١٢/٦/١٧ (د. ١٩١٤ — ١ — ٢٨٠) .

(٣) على ان هذه القاعدة مقصورة على المسائل المدنية . اما المسائل التجارية . فان افتراض التضامن بين المدينين فيها . هو القاعدة . التى تستند الى عرف راسخ فى هذا المجال منذ زمن طويل . انظر فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٧ ؛ ستارك بند ١٨٨٠ ؛ مارتى ورينو بند ٧٨٢ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤١٩ ؛ جوسران بند ٧٨١ ؛ وانظر بوجه عام :

DERRIDA : De la solidatrié commerciale. R.T. comm. 1953 P. 329.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسى انظر : نقض ١٩٢٩/٧/١٨ (د. ١٩٢٩ — ٥٥٦) ؛ نقض (عرائض) ١٩٢٠/١٠/٢٠ (د ١٩٢٠ — ١ — ١٦١ وتعليق .P. M) ؛ (س ١٩٢٢ — ١ — ٢٠١ وتعليق هاميل) ؛ ١٩٤٦/١/٧ (ج.ب ١٩٤٦ — ١ — ٩٢) .

وفى هذا المعنى ايضا ، فى مصر : د. اسماعيل غانم ، بند ١٥٧ . وكذلك كل من : د. محسن شفيق . د. مصطفى طه ، د. اكثم الخولى ؛ مشار اليهم فيه ص ٣١٢ هامش ١ . وعكس ذلك د. السنهورى ج ٣ بند ١٦٨ .

المطلب الاول

التضامن الايجابى (التضامن بين الدائنين)

La Solidarité Active

المقصـــود به :

٢٥٧ — يقصـــد بالتضامن الايجابى حالة ماذا تعدد الطرف الدائن فى الرابطة القانونية بحيث يكون من حق أى من الدائنين أن يستوفى الدين كله من المدين بالنيابة عن بقية الدائنين ، ليكون الوفاء به له مبرئا لذمة المدين فى مواجهة هـــذا الدائن وبقية الدائنين •

٢٥٨ — ويهدف هـــذا النوع من التضامن الى تسهيل استيفاء الدائنين لحقهم عن طريق نيابة أحدهم عنهم فى هـــذا الاستيفاء • وهو لذلك نادر فى الحياة العملية ، لأن الهدف منه يمكن تحقيقـــه بنظـــام الوكالة التى لا تنطوى على الخطـــورة المحتملة التى يمكن أن تلحـــق بالدائنين المتضامنين اذا أعسر الدائن بعد أن استوفى الدين بالنيابة عن باقى الدائنين المتضامنين (١) •

آثـــاره :

٢٥٩ — ويرتتب التضامن الايجابى آثاره فى العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين ، كما أن له آثاره أيضا فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم •

---

(١) فى هـــذا المعنى : ستارك بنـــد ١٨٧٢ ؛ مارتى ورينو بند ٧٧٨ ؛ جوجلار (دروس مازو) بنـــد ١٠٥٤ ؛ كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤١٣ . ويضيف جوسران لأفضلية الوكالة على هذا النوع من التضامن : أن الوكالة يمكن الرجوع فيها ، كما أنها تنتهى بوفاة الوكيل أو الموكل ، حين أن الوضع الناشىء عن التضامن الايجابى هـــو وضع نهائى ، وغير قابل للرجوع فيه . جوسران بنـــد ٧٥٦ ؛ وفى مصر : يرى د. السنهورى فى هذا النوع من التضـــامن أقرب الى أن يكون ضمانا للمدين ، منه ضمانا للدائن ج ٣ بنـــد ١٢٣ .

اولا : فى العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين :

٢٦٠ ـ تقوم هـذه العلاقة على مبادىء ثلاثة هى التى تحكم ما يترتب على التضامن فيها من آثار :

(أ) وحدة الدين :

٢٦١ ـ ويقصد بها أنه بالرغم من تعدد الدائنين الا أن حـق هؤلاء جميعا فى مواجهة المدين هو حق واحد • أو بعبارة أخـرى أن المدين يلتزم بدين واحد فى مواجهة هؤلاء جميعا • ويتفرع على ذلك :

١ ـ أن من حق أى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين •

٢ ـ أنه يجوز للمدين ـ بدوره ـ أن يفى بالدين كله لأى دائن منهم فتبرأ ذمته قبل بقية الدائنين • اللهم الا اذا اعترضوا على الوفاء لواحد منهم بالذات (م ١/٢٨٠) . فاذا أوفاه المدين رغم الاعتراض فلا تبرأ ذمته قبل الباقين الا بقدر حصة هـذا الدائن •

٣ ـ أن من حـق ورثة الدائن المتوفى ـ وهم يحلون فى مركز مورثهم فى الدين التضـامنى كله ـ أن يطالب كل منهم المدين بنسبة نصيبه فى الدين التضامنى كله ، وليس فى النصيب الذى يخص مورثهم من هـذا الدين التضامنى [١] • فاذا تضامن ـ على سبيل المثال ـ دائنان فى استيفاء مبلغ ٣٠٠ جنيه وتوفى أحدهم عن ابن وبنت فان ورثة المتوفى يحلون فى نفس المركز الذى كان فيه مورثهم بالنسـبة للدين التضامنى كله • فاذا طالب أى منهم المدين كان له أن يطالبه بنسـبة نصيبه فى هذا الدين التضامنى كله • فللابن أن يطالب المدين بـ ٢٠٠ جنيه وللبنت أن تطالب المدين بـ ١٠٠ جنيه •

٤ ـ أنه يجـوز للمدين أن يدفع مطالبة أى دائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا •

---

(١) وفى هذا المعنى تقضى المـادة ٢٨٠ ـ ٢ بأنه « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة احد الدائنين المتضامنين .... » •

(ب) تعدد الروابط :

٢٦٢ — ويقصـــد به أنه بالرغم من وحدة الدين الا أن رابطة مستقلة تربط كل دائن على حدة بالمدين • ويتفرع على ذلك أنه :

١ — قـــد تكون رابطة أحد الدائنين بالمدين مشوبة بعيب يبطلها فيكون لهذا الأخير أن يتمسك بهذا العيب فى مواجهة هـــذا الدائن وحده دون غيره من الدائنين • وقـــد تتصف هذه الرابطة بوصف لا تتصف به الروابط الأخرى ، فـــلا يكون للمدين أن يتمسك بهـــذا الوصف أيضا الا فى مواجهـــة هـــذا الدائن وحده [1] (كما لو كان دينه فى مواجهته مضافا الى أجل) •

حاصل القول فى هـــذه الجزئية أن المدين لا يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن الذى يطالبه الا بأوجه الدفاع الخاصة بهذا الأخير أو المشتركة بين الدائنين جميعـــا ، دون الدفوع الخاصـــة بغيره من الدائنين • وعلى ذلك صراحة نص المـــادة ٢٨١ فقرة ٢ •

٢ — أن براءة ذمة المدين قبل أحـــد الدائنين بسبب غير الوفاء ، لا يكون من شأنها أن تبرىء ذمته قبل الآخرين الا بقدر حصة هـــذا الدائن فى الدين التضامنى • (م ٢٨٢/١) •

النيـــابة التبادلية بين الدائنين فيمـــا ينفعهم :

٢٦٣ — ويقصد بهـــا أن أى عمل يقوم به أحد الدائنين ويكون من شأنه أن يفيد سائرهم يعتبر نائبا عنهم جميعا فيه • أما ما يأتيه من أعمال يمكن أن تسىء الى مركزهم فلا يكون فيـــه الا ممثلا لنفســـه

---

(١) وفى هذا المعنى تقضى المـــادة ٢٨١ — ١ بأنه « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من اثر الدين » .

فقط [١] . ويتفرع على ذلك :

١ ــ أن ما يقوم به أحد الدائنين من اعذار أو مطالبة قضائية المدين أو قطع للتقادم يفيد منه سائر الدائنين . كما يستفيدون من اقرار بالدين يحصل عليه الدائن من مدينه . أو من حكم صدر لهذا الدائن بالأحقية فى الدين . الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بهذا الدائن .

٢ ــ أنه ــ بالمقابلة ــ لا يسرى فى حق الدائنين التقادم الذى اكتمل فى حق أحدهم ، أو الابراء الذى صدر منه للمدين . ولا الحكم الذى يحصل عليه هذا الأخير ضد ذلك الدائن . فان جاز للمدين فى كل هذه الحالات أن يتمسك بهذه الدفوع فى علاقته بذلك الدائن الا أنه لا يمكنه أن يحتج بها فى مواجهة الآخرين الا بقدر حصة هذا الدائن .

ثانيا : فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

٢٦٤ ــ لا يتحد الدين الا فى علاقة المدين بالدائنين المتضامنين . أما فى علاقة هؤلاء الأخيرين فيما بينهم فان الدين ينقسم بينهم كل بنسبة نصيبه الذى يحدده الاتفاق ، والا فالأصل أن أنصباءهم متساوية [٢] . ويترتب على ذلك أنه اذا استوفى أحدهم الدين كله أو حتى قدرا منه كان ما استوفاه من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه [٣] . كما يتحملون ــ بنفس النسب ــ اعسار المدين أو اعسار الدائن الذى استوفى الدين .

---

(١) وفى هذا المعنى : تقضى المادة ٢٨٢ ــ ٢ بأنه « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين ان يأتى عملا من شأنه الاضرار بالآخرين » .

(٢،٣) وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢٨٣ بأن « كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه . وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك » .

المبحث الثاني

التضامن السلبى (التضامن بين المدينين)

La Solidarité Passive

المقصود به :

٢٦٥ — يقصـد بالتضامن السلبى ، حالة ما اذا تعدد الطرف المدين فى الرابطة القانونيـة بحيث يكون من حق الدائن أن يرجـع على أى من المدينين بالدين كله • وهو نظام بالغ الأهمية بالنسبة للدائن الذى لا يفوته — حـين يتعدد المدينون — أن يشترطه عليهم من حيث تتكاتف بهـذا الشكل ذمم المدينين ضمانا للوفاء بحـق الدائن الذى لا يخشى فى هـذه الحالة مغبة اعسار أحدهم [١] •

٢٦٦ — ونظرا لهـذه الخطورة فان هـذا النوع من التضامن لا يصح افتراضه ، وانما يلزم أن يرد به اتفاق قاطع فى الدلالة عليه ويجب أن يؤول الشك الى نفيه [٢] ، أو أن يرد به نص فى القانون • بل ان النصوص التى قررته قـد وردت على سبيل الحصر فلا يصح القياس عليهـا [٣] (ومثالهـا نص المـادة ١٦٩) بأنه « اذا تعدد

---

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٦ ، كاربونييه بنـد ١٣٤ ص ٤٩٣ ، ستارك بنـد ١٨٧٦ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٤١٥ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٨/١/٩ المجموعة السـنة ١٩ (ع ١) رقم ٣ ص ٢٠ .

(٣) ويجب كذلك **لتطبيق** هذا التضامن ، ان يطلب الدائن فيـه ، الحكم له به ، من محكمة الموضوع ، بشكل واضـح صريح ، ولا يكفى أن يشير فى صحيفة افتتاح الدعوى الى ان مسئوليـة مدينيه تكون تضامنية بنص القانون . انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٤/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٦٤ ص ٣٨٩ (فى شأن التضامن المقرر بالمـادة ٦٥١ مدنى بين المهندس المعمارى والمقاول فى علاقتهما برب العمل) .

وانظر ، فى توسيع القضاء الفرنسى لفكرة التضامن السلبى :

VINCENT (J) : L'extension de la jurisprudence de la soliderité passive. R.T. 1939 P. 601 - 683.

المسئولون عن عمـل ضـار كانوا متضـامنين فى التزامهم بتعويض الضرر » (١، ٢) .

آثـــاره :

٢٦٧ ــ وللتضـامن بين المدينين آثاره فى العـلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين . وفى علاقة هؤلاء الأخيرين فيما بينهم :

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصرى لهذا النص : نقض ١٩٨٠/٣/٤ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٣٧ ص ٧٠١ . وانظر فى التضامن فى حالة تعدد الأخطاء مقال :

KAYSER (P) : La solidarité au cas de fautes R. cric. 1931 P. 197 - 224.

(٢) ومن أمثلته . فى القانون المدنى . ايضا : التضامن بين الفضوليين اذا تعددوا (م ١٩٢) . والتضامن بين المهندس المعمارى والمقـاول فى المسئولية عن تهدم المبنى او وجود عيوب به تهدد متانته وسلامته (م ٦٥١ . وانظر فى هذا الشأن : مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتـة الأخرى ، بحث للمؤلف . الناشر دار الفكر العربى . ط ١٩٨٥ . خاصـة بنـد ٢٧٤ وما بعده) . والتضامن بين الوكلاء اذا تعددوا (م ٧٠٧ . وانظر فى تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٧/٥/٢ المجموعة السنة ٢٨ رقـم ١٩٣ ص ١١١٨) . والتضامن بين الموكلين اذا تعددوا (م ٧١٢ . وانظر فى تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٩/١/١٨ . المجموعة الســنة ٣٠ (ع ١) رقم ٦١ ص ٢٩٣) . والتضامن بين الوكيل ومن أنابه عنه فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك ، والتضامن بين الكفلاء . فى الكفالة القضائيـة أو القانونيـة (م ٧٩٥) . وفى القـانون التجارى أمثلة كثيرة اخرى ، لا يتسع المقـام لعرضها . أنظر مثلا (م ٢٢ ، م ١٣٧ تجارى) . ومن أمثلته فى القوانين الخاصة ما تقضى به الفقرة ٢ من المـادة ١٢٨ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ : التى تجعـل صاحب العمل الجديد مسئولا بالتضامن مع أصحاب العمل السابقين ، عن تنفيذ جميع الالتزامات المستحقة عليهم لهيئة التأمينات الاجتماعية . انظـر من تطبيقات القضـاء لهـذا الفرض من التضامن : نقض ١٩٧٨/٣/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٥٥ ص ٧٩٠ .

ومن أمثلة النصوص التى تقرر التضامن بين المدينين فى القـانون الفرنسى : المـادة ٢٢٠ مدنى (المعـدلة بقانون ١٢ يولية ١٩٦٥) والتى تقضى بالتضامن بين الزوجين فى سداد القرض الذى يبرمه اى منهما للانفاق منه على متطلبات حياتهما الأسرية وعلى تعليم اولادهما . وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص . نقض فرنسى ١٩٨٤/١/١١ (د. ١٩٨٤ ــ ا.ر ــ ٢٧٥ وتعليق مارتان) ، وانظر فى تطبيق لحالة اخرى من حالات التضامن (المقرر بنص قانونى) بين المدينين : نقض (تجارى ١٩٨٢/٥/١٩ (د. ١٩٨٢ ــ ا.ر ــ ٣٧٣) .

اولا : فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين (١) :

٢٦٨ — تهيمن على هــذه العلاقة نفس المبادىء الثلاثة السابق تناولها فى التضامن الايجابى . وهى التى تحكم أيضا آثار هذا التضامن فى علاقة الدائن بمدينه •

(أ) وحــدة الدين :

٢٦٩ — يقصد بوحدة الدين فى هذه الحالة أن المدينين ملتزمون فى مواجهة الدائن بدين واحد تتضافر ذممهم المــالية فى ضمان الوفاء به له . بحيث يكون كل منهم ملتزما بوفائه كله . على أن يرجع بعد ذلك بما أوفاه على باقى المدينين كل بنسبة حصته • ويتفرع على ذلك :

١ — يكون للدائن ، فضلا عن حقــه فى مطالبة المدينين مجتمعين بالدين كله أن يطالب أحدهم به • على أن يراعى — بداهة — فى هــذه الحالة الأخيرة ما يلحق رابطته بهــذا المدين من وصف يعدل من أثر الدين (م ٢٨٥/١) على ما سنرى عند دراسة آثار تعدد الروابط بين الدائن ومدينيه المتضامنين •

٢ — يكون لأى مــدين أن يفى بالدين كله ، ويتعين على الدائن قبول الوفاء منه ، فتبرأ ذمة المدين الموفى وذمم باقى المدينين • فاذا كان الوفاء جزئيا وقبله الدائن فلا يجــوز لهذا الأخير أن يرجع على بقية المدينين الا بالجزء الباقى من الدين •

٣ — يستطيع المدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يدفع هــذه المطالبة بالدفوع المشتركة بين المدينين جميعا (م ٢٨٥/٢) (كبطلان التصرف المرتب لحق الدائن لعدم مشروعية محله على سبيل المثال) • كما يمكنه أن يتمسك بالوصف الذى يلحق الالتزام فى علاقتهم جميعــا بهذا الدائن (كما لو كان الدين — على سبيل المثال — مضافا الى أجل واقف بالنسبة لهم جميعا) •

---

(١) أنظــر هاليكور ، رسالة بوردو سابقة الاشارة الصفحات من ٩٨ — ١٦٥ .

٤ — لكل مدين أن يدفع فى مواجهـة الدائن بأسباب الانقضاء العامة التى تقضى على كل الدين كاستحالة التنفيذ بسبب أجنبى •

(ب) تعـدد الروابط :

٢٧٠ — بالرغم من وحـدة الدين فان روابط متعددة ومستقلة تربط بين الدائن وكل مدين من مدينيه المتضامنين • ويتفرع على ذلك :

١ — أنه يجب على الدائن ـ حين يختار أحـد المدينين للرجوع عليه بكل الدين ـ أن يراعى طبيعـة الرابطة التى تربطه بهـذا المدين بالذات • فاذا رجع على أحدهم وكانت الرابطة بينه وبين من رجع عليه مشوبة بالبطلان أو يلحقهـا وصف يعدل من أثر الالتزام كان للمدين أن يتمسك بهـذه الدفوع فى مواجهة الدائن • حين لا يكون لغيره من المدينين الآخرين ـ اذا رجع عليه الدائن ـ أن يتمسـك بهذه الدفوع الخاصـة بغيره • أو بعبارة أخرى يكون لكل مدين أن يدفـع مطالبة الدائن له بالدفوع المشتركة بين المدينين جميعا أو بالدفوع الخاصة به وحـده دون الدفوع الخاصة بغيره (م ٢/٢٨٥) •

٢ — قـد ينقضى الدين بالنسبة لأحـد المدينين دون الآخرين فتبرأ ذمته فى مواجهة الدائن • لكن يبقى من حـق هـذا الأخير أن يرجـع على الباقين بكل الدين بعد استنزال حصة هـذا المدين • على تفصيل فى أسباب الانقضاء نورده فيما يلى :

*** التجـديد :**

لا مشكلة اذا اتفق الدائن على التجـديد مع المدينين المتضامنين جميعا فعندئذ ينقضى الالتزام القـديم ويصبحون مدينين بالتضامن فى الالتزام الجديد •

أما اذا تم التجديد مع أحد المدينين فقط ترتب على ذلك انقضاء الدين القديم بالنسبة للباقين على أن يرجع عليهم المدين الذى قضى

الدين بالتجديد كل بنسبة نصيبه • أما الدائن فليس له أن يرجع بعد ذلك على أى من المدينين الآخرين الذين برئت ذمتهم — بالفرض — من هـذا الدين نتيجة انقضائه بالتجديد (م ٢٨٦) . اللهم الا اذا كان قـد احتفظ — عند التجديد — بحقـه قبلهم (م ٢٨٦) • أو بعبارة أخرى الا اذا قصد استبقاء الدين القديم فى علاقته بهؤلاء المدينين • وعندئذ يمكنه الرجوع على أى منهم بكل الدين القديم بعد استنزال حصة المدين الذى تم التجديد معه •

*** المقاصـــة :**

قـد ينقضى الدين بالمقاصة القانونية بين الدائن وأحد المدينين • وعندئذ لايستطيع الدائن أن يتخير هـذا المدين بالذات للرجوع عليه والا تمسك هـذا الأخير فى مواجهته بانقضاء الدين كله بالمقاصة ويكون لهـذا المدين — وقـد قضى الدين كله بهذا الشكل — أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته •

أما اذا اختار الدائن مدينا آخر ورجع عليه بكل الدين ، فان هذا المدين لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصـــة التى وقعت بين الدائن والمدين الآخر المتضامن الا بقدر حصة هـذا الأخير فى الدين كله • ويتعين عليه أن يفى بالباقى للدائن • (م ٢٨٧) •

*** اتحـــاد الذمة :**

اذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين وكان الدائن هو الذى توفى فورثه هذا المدين ، انقضى الدين بنسبة حصة هذا المدين• وكان لهذا الأخير وقـد حل محل الدائن أن يرجع على باقى المدينين بالدين كله بعد استنزال حصته التى اتحدت الذمة فيها • (م ٢٨٨) •

أما على العكس اذا كان أحد المدينين هو الذى توفى فورثه الدائن فقـد كان من المفروض أن تتحد الذمة فى شخص الدائن ، فينقضى الدين بنسبة حصة المدين الذى توفى ، بحيث يكون للدائن أن يرجع على

أى من الباقين بالدين كله . بعد استنزال الحصة التى اتحدت فيها الذمة • ولكن وفقا لمبادىء الشريعة الاسلامية التى تقضى بأنه « لا تركة الا بعد سداد الدين » يكون للدائن أن يرجع على أى من المدينين الباقين بالدين كله . فاذا وفاه رجع على باقى المدينين وعلى تركة المدين المتوفى كل بنسبة حصته فى الدين •

*** الابـــراء (١) :**

لا مشكلة اذا أبرأ الدائن المدينين جميعا . فعندئذ سوف ينقضى الدين التضامنى كله بالابراء • غير أن الدائن قـــد يبرىء أحد المدينين فقط :

١ ــ فاذا ابرأه من الدين ذاته : لم يعد من حقه بعد ذلك أن يختار الرجوع بالدين على هـــذا المدين بالذات . وانما يكون له أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين كله بعد استنزال حصة المدين الذى ابرأه الا اذا كان الدائن قـــد احتفظ . عند ابراء المدين ، بحقه فى الرجوع على باقيهم بكل الدين • عندئذ لا يستطيع أى من الباقين أن يتمسك بهذا الابراء • فيكون عليه أن يدفع الدين كله ثم يرجع بعد ذلك على باقى المدينين ومنهم المدين المبرأ كل بنسبة حصته • ومن ثم فلا يكون للابراء الذى تم فى مواجهة أحـــد المدينين من أثر الا فى منع الدائن من مطالبته •

وعلى أية حال . فاذا رجع من وفى الدين التضامنى كله ، بعـــد استنزال حصة المدين المبرأ . على باقى المدينين ووجد أحدهم معسرا كان له أن يرجع على المدين المبرأ بنصيبه فى حصة المدين المعسر الا اذا كان الدائن قـــد أعفى المدين الذى ابرأه من كل مسئولية عن الدين فعندئذ يتحمل الدائن نفسه نصيب هـــذا المدين فى حصة المعسر •

---

(١) انظر المواد ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ مدنى .

٢ — أما اذا ابرأه من التضامن فقط : فلا يعد من حق الدائن أن يرجع على هـذا المدين الا بقدر حصته فقط . انما يحق له أن يختار أى من المدينين الآخرين ليرجع عليه بالدين كله . فاذا أوفاه هـذا الأخير رجع على باقى المدينين ؛ ومنهم المدين الذى ابرئ من التضامن كل بنسبة حصته . فاذا وجـد أحدهم عند الرجوع عليه معسرا تحمل كل من الباقين — ومنهم المدين المبرأ — نصيبه فى حصة المعسر .

٣ — فاذا فرض وكان هـذا المدين الذى أبرأه الدائن . هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . وكان الدائن يعلم ذلك « فليس له — أى الدائن — أن يرجع بعد ذلك بشئ على المدينين الآخرين . ذلك أنه اذا رجع على أحـد منهم ؛ كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من ابرائه . فتنعدم الفائدة من هذا الابراء »[1] . وفى الواقع ، يعتبر الدائن فى هـذه الحالة . فى حكم من أبرأ المدينين جميعا ما دام أنه يجب ، بمقتضى المـادة ٢٩٩ ، وكما سنرى فيما بعد ، « اذا كان أحـد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين » أن « يتحمل به كله نحو الباقين » .

* **التقـادم :**

اذا تقـادم الدين فى العـلاقة بـين الدائن وأحـد المدينين المتضامنين[2] ؛ فلا يكون له أن يرجع على هذا المدين . وانما يكون

---

(١) نقض ١٧/٤/١٩٧٩ المجموعة السـنة ٣٠ ، ع ٢ ، رقم ٢١١ ، ص ١٤٣ .

(٢) وتقادم الدين فى العلاقة بين الدائن واحد المدينين المتضامنين دون سائرهم ، امر متصور فى الحقيقة ، بالنظر الى ما سبق أن اشرنا اليه من تعدد الروابط التى تربط الدائن بكل مدين منهم ؛ وامكان أن تتصف احدى هذه الروابط بوصف لا تتصف به الروابط الأخـرى . بما يتصور معه ان يكون التزام احد المدينـين منجزا ؛ مثلا ؛ حين أن التزام البـاقين مؤجلا . ولمـا كان التقادم لا يبدأ — بالفرض — فى السريان الا من اليوم الذى يصبح فيـه الدين مستحق الأداء . فسوف يترتب على ذلك فى هـذا المثال . أن تكتمل مدة التقادم بالنسبة لهذا المدين قبل أن تكتمل بالنسبة للباقين . كذلك قد ينقطع التقادم أو يقف سريانه فى العلاقة بين الدائن وأحد المدينين ؛ حين =

له الرجوع على أى من الباقين بكل الدين بعد استنزال حصة المدين التى انقضت بالتقادم [1] (وفى هذا المعنى نص المادة ١/٢٩٢) • فاذا وفاه أحدهم رجع على بقية المدينين • فاذا وجد أحدهم معسرا تحمل كل منهم : ومنهم المدين الذى انقضى دينه بالتقادم : نصيبه فى حصة المعسر •

(ج) النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم [2] :

٢٧١ — مضمون هذه النيابة كما سبق أن ذكرنا فى التضامن الايجابى — أن أى عمل يقوم به أحد المدينين ويكون من شأنه أن يفيد

= يستمر سريانه بالنسبة لمدين آخر • وفى هذه الحالة • ستكتمل مدة التقادم بالنسبة لهذا الأخير • قبل اكتمالها فى شأن من انقطع التقادم او توقف فى حقه .

(١) فاذا كان قد رجع عليه بكل الدين دون استنزال هذه الحصة ، جاز له ان يدفع هذا الرجوع بتقادم الدين بمقدارها . فى هذا المعنى نقض ١٩٦٨/٤/٢ المجموعة السنة ١٩ (ع د) رقم ١٠١ ص ٦٨٩ ، وان كانت المحكمة قد استدركت قائلة : « الا انه اذا ابدى احد المدينين المتضامنين هذا الدفع • فان اثره لا يتعدى الى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به » . وقد اسست هذا الاستدراك على نص المادة ٣٨٧—١ (التى تقضى بأنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين أو .... أو اى شخص له مصلحة فيه ... ») ؛ حيث فهمت منه ان ابداء الدفع بالتقادم فضلا على انه يقتصر على من له مصلحة فيه ؛ فانه لا ينتج اثره « الا فى حق من تمسك به » . وهو فهم محل نظر • اذ يخالف • فيما نعتقد ، مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فى كل ما ينفعهم .

(٢) ووجود هذا النوع من النيابة بين المدينين المتعددين ، ولو كانت (أى هذه النيابة) • مقصورة على ما ينفعهم • هو احد الفوارق الهامة التى تميز بين التضامن السلبى وما يعرف بالالتزام التضامى L'obligation in solidum • الذى تنعدم فيه • على العكس • مثل هذه النيابة بين المدينين المتضامين • حتى فيما ينفعهم • حيث لا توجد فى الحقيقة مصلحة مشتركة بينهم تبررها .

ويقصد بالالتزام التضامى • تلك الحالة التى يكون فيها عدة اشخاص مسئولين فى مواجهة الدائن عن دين واحد : كل منهم يلتزم به كله ؛ ولكن بسبب (او مصدر) مختلف (او مستقل) عن سبب التزام الآخرين به • ومن أمثلته الشهيرة فى القانون الفرنسى : تضامن المهندس المعمارى والمقاول فى المسئولية عن تهدم البناء او عما يظهر به من عيوب تهدد متانته أو تجعله غير صالح للغرض الذى انشىء من أجله (م١٧٩٢ • ٢٢٧٠مدنى) ؛ حيث يرتبط المهندس والمقاول كل منهما بعقد منفصل • مع رب العمل انظر =

سائرهم يعتبر نائبا عنهم فيه دون ما يضرهم من الأعمال . ويتفرع على ذلك :

١ — اذا وجه أحد المدينين الى الدائن اعذارا . استفاد منه باقى المدينين . أما اذا كان الدائن هو الذى وجه الاعذار لأحدهم أو طالبه قضائيا فلا يضار من ذلك الباقون . (م ٢٩٣) .

= بحث المؤلف سابق الاشارة اليه . وعلى الأخص البنود من ٢٧٩—٢٨٨) .
اما فى مصر : فان مسئولية المهندس المعمارى والمقاول هى مسئولية **تضامنية** بمقتضى صريح نص المادة ٦٥١ مدنى .

ويمكن ان نمثل للالتزام التضامنى فى مصر . بمسئولية العامل الذى يخل بالتزامه **العقدى** فى مواجهة رب العمل . وذلك **بتحريض** من رب عمل آخر ؛ حيث تجتمع مسئولية المحرض **التقصيرية** مع مسئولية العامل العقدية . ومن ثم يتضامنان فى التزامهم بتعويض ما ترتب على ذلك من ضرر لرب العمل . ويكون من ثم كل منهما مسئولا عن هذا التعويض بأكمله .

ولعل انعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين حتى فيما ينفع . هو الذى يقف وراء نعت هذا النوع من الالتزام . من قبل بعض الشراح . بـ التضامن الناقص La solidarité imparfaite . انظر مثلا : كاربونييه بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ؛ مارتى ورينو بند ٧٧٧ . جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٦ ؛ وراجع فى دراسة وافية لفكرة التضامن الناقص :

N. IOANID (N.) : De la solidarité imparfaite. Thèse Paris 1902.

وراجع فى الالتزام **التضامنى** بوجه عام :

MEURISSE (R) : Le déclin de l'obligation in solidum. D. 1962 - chr - P. 243 à 246 : CHABAS (F) : Remarques sur l'obligation in solidum. R T. 1967 P. 310.

جوجلار (دروس مازو) البنود ١٠٧٠ الى ١٠٧٢ ، ستارك البنود ١٨٨٣ الى ١٨٨٦ ؛ مارتى ورينو البنود ٧٩٧ الى ٨٠٠ ؛ وفى مصر : د. السنهورى ج ٣ بند ١٧٦ ؛ د. اسماعيل غانم ١٥٩ ؛ وانظر من تطبيقات القضاء المصرى للالتزام التضامنى : نقض ١٩٦٨/٣/٢١ المجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٨٥ ص ٥٦٩ ، نقض ١٩٦٧/١١/٢١ المجموعة السنة ١٨ (ع ٤) رقم ٢٥٩ ص ١٧١٧ (وقد جاء فى هذا الحكم ان : مقتضى التضامم نتيجة تعدد **مصدر** الدين مع بقاء محله واحدا ، انه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين . ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما . ولأنه انما دفع عن نفسه . والحكم ، فى جزئه الأخير المتعلق بعدم جواز رجوع المتضامم الموفى على المدين الآخر ، محل نظر ، فهذا الرجوع جائز فى الحقيقة) ، نقض ١٩٦٦/٢/١٧ المجموعة السنة ١٧ (ع ١) رقم ٤٦ ص ٣٢٩ .

٢ — اذا انقطع التقادم أو توقف بالنسبة لأحد المدينين فانه يظل ساريا بالنسبة للباقين بما يعنى أن الدائن لا يمكنه أن يتمسك بهـذا الانقطـاع أو هـذا الوقف قبل باقى المدينين (م ٢/٢٩٢) • واذا لم يتمسك أحـد المدينين بالتقادم بقى من حق الباقين أن يتمسكو به •

٣ — اذا تصالح الدائن مع أحـد المدينين فان هـذا الصلح ينفذ فى حق بقية المدينين بالقدر الذى ينفعهم • أما اذا انطوى هـذا الصلح على ما يضرهم فلا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه (م ٢٩٤) •

٤— اذا أقر أحـد المدينين بالدين فلا يسرى هـذا الاقرار فى حق الباقين [١] • (م ١/٢٩٥) أما — على العكس — اذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، كان لبقية المدينين أن يفيدوا من هـذا الاقرار •

٥ — اذا وجه الدائن اليمين الى أحـد المدينين وحلفها فخسر الدائن بذلك دعواه ، استفاد من ذلك باقى المدينين • أما اذا نكل عنها فخسر هو دعواه ، فلا يضار الباقون بنكوله • أما اذا كان أحد المدينين هو الذى وجه اليمين الى الدائن فحلفها فكسب بذلك دعواه . فلا يحتج على باقى المدينين بهـذا الحلف • أما اذا نكل عنهـا الدائن فخسر دعواه ، استفاد الباقون من هـذا النكول • (م ٢/٢٩٥، ٣) •

٦ — اذا ارتكب أحـد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ التزامه ، فانه هو وحده الذى يسأل عنه دون باقى المدينين • وفى هـذا المعنى تقضى المـادة ١/٢٩٣ بأنه « لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله •

ويتأسس هـذا الحكم لدى بعض الشراح على أساس من المبادىء العامة فى المسئولية [٢] وليس — كما يذهب واضعوا المذكرة الايضاحية

---

(١) أنظر ، من تطبيقات القضاء ، لهذا الفرض : نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ المجموعة السنة ١٧ (ع ٤) رقم ٢٤٢ ص ١٧٠٥ .

(٢) من هذا الرأى د. محمود جمال الدين زكى بند ٤٩٧ ، وقـرب د. سليمان مرقس بند ٧٧٧ .

للمشروع التمهيدى (١) — على أســاس من استبعاد النيابة التبادلية حين يسىء اعمالها الى مركز المدينين المتضامنين (٢) • حيث أن النيابة لا تكون الا فى التصرفات القانونية ولا شأن لها بالأعمال المــادية (٣) •

غير أن قصر المسئولية عن الخطأ الذى يرتكبه أحــد المدينين فى تنفيذه لالتزامه . على هــذا المدين المخطىء وحــده ، يقتضى ايضاحا فى الفرض الذى يتمثل فيه هــذا الخطأ فى التسبب فى هلاك الشىء الذى كان من الواجب أداؤه للدائن • فقد اعتقد بعض الشراح أن هذا الخطأ المؤدى الى هلاك الشىء ومن ثم الى استحالة أدائه للدائن . يؤدى الى براءة ذمة باقى المدينين براءة تامة ، بحسبان هــذا الخطأ يشكل سببا أجنبيا بالنسبة لهم • ومن ثم فانهم لا يسألون فى مواجهــة الدائن . ولا حتى عن قيمــة الشىء الذى هلك ، اذ تقتصر المسئولية عن هــذه القيمة . وكذلك عن جميع عناصر الضرر الأخرى التى يمكن أن تصيب الدائن من جراء عدم حصوله على هــذا الشىء على المدين المخطىء وحــده (٤) •

واعفاء المدينين المتضامنين من التزامهم بدفع قيمة الشىء الذى هلك ، هو حكم يتنافى وفكرة التضامن الذى يهدف فى الحقيقة الى تأمين الدائن من خطر اعسار أحــد المدينين ، اذ « فى القول بمساءلة المدين المخطىء وحــده عن قيمة الشىء الهالك ، ما يعرض الدائن لخطر ضياع

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٨٦ .

(٢) من هذا الرأى : د. السنهورى جـ ٣ بنــد ١٩٧ ، د. شمس الدين الوكيل ص ٢٥٠ ، د. الصدة بند ٦٨ ، د. عبد الودود يحيى بند ١١١ ، وقرب د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٧٠ ، د. جميل الشرقاوى بنــد ٦٤ ص ٢١٣ .

(٣) لمزيد من التفاصيل فى أسانيد هذا الرأى : د. محمود جمال الدين زكى بنــد ٤٩٧ .

(٤) من هذا الرأى : د. اسماعيل غانم بنــد ١٧٣ ، هامش ٢ من ص ٣٢٢ ، ٣٣٣ ، وقرب د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٧٠ .

حقـه : اذا كان هـذا المدين معسرا » [١] . ومن ثم فاننا نعتقد مع البعض الآخر من الشراح [٢] بوجوب التمييز بين قيمة الشىء الذى هلك : وعناصر الضرر الأخرى [٣] . حين يبقى جميع المدينين مسئولين بالتضامن عن الوفاء بهـذه القيمة . أما بقية عناصر الضرر الأخرى فيسأل عن تعويضها المدين المخطىء وحده . وليس فى هـذا الحـل ما يتنافى واستبعاد النيابة التبادلية بين المدينين فيما يضر « اذ لن يترتب على الزامهم بقيمة الشىء الهالك زيادة فى عبء الالتزام بالنسبة لهم »[٤] .

٧ ــ الحكم الصادر ضـد أحد المدينين المتضامنين لا يكون حجة على باقيهم . أما الحكم الذى يصـدر لصالحه فان لهم جميعـا أن يفيدوا منه [٥] . الا اذا كان مبنيا على أسباب تتعلق بشخص المدين الذى صـدر لصالحه . (م ٢٩٦) .

ثانيا : فى علاقة المدينين فيما بينهم (٦) :

٢٧٢ ــ اذا كان المدينون يتضامنون فى الوفاء بحق الدائن : فان الدين فيما بينهم ينقسم : بحيث اذا وفاه أى منهم كان له أن يرجع على باقى المدينين كل بنسبة حصته . كمـا يتحمل كل منهم أيضا نصيبه فى حصة المعسر منهم . (م ٢٩٨) . وكذلك الحال لو قضى أحد المدينين الدين كله بطريق معادل للوفاء كالمقاصة أو التجديد .

---

(١) د. انور سلطان بنـد ٣٠٠ .

(٢) د. انور سلطان ، الاشارة السابقـة ؛ د. عبد الحى حجازى اشار اليه د. سلطان ص ٢٩٣ هامش ٢ د. الصدة بند ٦٨ ؛ د. عبدالودود يحيى بنـد ١١١ .

(٣) كالمصاريف التى انفقها الدائن فى ابرام العقد ؛ وما فاته من ربح بسبب عدم حصوله على الشىء .

(٤) د. انور سلطان بنـد ٣٠٠ .

(٥) وقد قضت محكمـة النقض المصرية : بأن الاستئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم . وان المدينين المتضامنين يقـوم بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع المشتركة بينهم . نقض ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة السنة ٢٢ رقم ٧٦ ص ٥٤٩ .

(٦) انظر فى هذا الشأن رسالة هاليكور سابقة الاشارة . **الصفحات** من ٨٦ الى ٩٧ .

والأصل أن تكون حصص المدينين المتضامنين متساوية ؛ ما لم يرد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك [١] (م ٢٩٧/٢) • أو كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فعندئذ يتحمل هو وحده الدين كله [٢] (م ٢٩٩) • فاذا كان الدائن قد رجع عليه هو ، فلا يكون له بعد أن يفى أن يرجع على أى من الباقين • واذا كان قد رجع على غيره ؛ كان لمن أوفى [٣] أن يرجع على هذا المدين وحده بكل ما أوفاه [٤] •

٢٧٣ — والمدين الموفى حين يرجع على باقى المدينين : اما أن يرجع عليهم بدعوى شخصية أو يرجع عليهم بدعوى الحلول . حين يحل محل الدائن الذى وفاه فى رجوعه على باقى المدينين ، وهذا أفضل بالنسبة له ، حيث تمكنه دعوى الحلول من الافادة من التأمينات التى كانت تضمن حق الدائن [٥] • لكنه فى هذه الحالة الأخيرة لا يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين [٦] (م ٢٩٧/١) •

---

(١) انظر نقض ١٩٧٢/٣/٩ المجموعة السنة ٢٣ (ع ١) رقم ٥٧ ص ٣٦٤ •

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض : نقض ١٩٧٥/١/٢٧ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٥٨ ص ٢٥٧ .

(٣،٤) وتطبيقا لهذا الفرض ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أنه « لئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن ، الا انه لا يجوز لغيره من المدينين المتضامنين ، الرجوع عليه بهذا الدين ، الا اذا كان قد وفاه **بالفعل** للدائن . ولا يغنى عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما انه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الأحكام » . نقض ١٩٧٦/٥/٣ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٠٢ ص ١٠٥٦ .

(٥) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٦٨ ، مارتى ورينو بند ٧٩١ .

(٦) فى هذا المعنى ، جوجلار ، الاشارة السابقة .

المبحث الثانى

عدم القابلية للانقسام

L'indivisibilité

المقصود به ، واسبابه :

٢٧٤ — يقصد بعدم القابلية للانقسام ، كوصف للالتزام ، حالة ما اذا كان من الواجب تنفيذ الالتزام كوحدة واحدة أو جملة واحدة ، دون أن ينقسم على أطرافه المتعددين ، رغم عدم وجود تضامن بينهم فيه ، وذلك خلافا للأصل الذى يوجب انقسام الدين فى هذه الحالة ما دام لا يوجد تضامن بين أطرافه المتعددين . ويعنى عدم الانقسام أن كل مدين — اذا كان التعدد فى المدينين — يكون ملزما بوفاء الالتزام كاملا . وأن لكل دائن — اذا كان التعدد فى الدائنين — أن يطالب بأدائه كاملا .

٢٧٥ — وترجع عدم قابلية التزام ما للانقسام الى أحد سببين : اما الى طبيعة محله ، حين يقال فى هذه الحالة أن هناك عدم انقسام طبيعى ، أو لاشتراط عدم تنفيذه منقسما ، حين يقال فى هذه الحالة أن هناك عدم انقسام اتفاقى أو مشروط .

(أ) **فاما عدم الانقسام الطبيعى** ، فمرجعه الى أن محل الالتزام لا يقبل بطبيعته أن ينقسم : اما لأن هذا المحل لا تتصور تجزئته ، كما هو الحال فى الالتزام بتسليم حيوان ما حيا مثلا ، حين توصف عدم القابلية للانقسام هنا بأنها مطلقة ، أو لأنه — مع امكان تصوره مجزءا — قد نظر اليه فى العقد بحسبانه كلا واحدا لا يقبل هذه التجزئة ، كما هو الحال مثلا فى التزام مقاولين ببناء منزل [١] ، حين توصف عدم القابلية للانقسام هنا بأنها مجرد نسبية [٢] .

---

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو ٧٧٠ ، كاربونبيه بند ١٣٤ ص٤٩٣ ، وانظر ايضا د. اسماعيل غانم بند ١٨٥ .

(٢) وتقدير وجود هذه الصورة من عدم الانقسام ، هو — بداهة — من اطلاقات محكمة الموضوع . انظر فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٧٠ ص ٧٧٦ والأحكام المشار اليها فى هذا الموضع هامش ٢ .

— وتتحقق عدم القابلية للانقسام المطلقة . كقاعدة عامة ، اذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل [١] . اذ لا يتصور أن يتجزأ هذا الامتناع على المدينين المتعددين « لأن كل عمل مخالف للامتناع موضوع الالتزام يتضمن مخالفة لهذا الالتزام » [٢] ، كالتزام مجموعة بائعين لمحل تجارى بعدم منافسة المشترى • كما أن من الالتزام بعمل ما يتصور أن يكون غير قابل للانقسام بسبب طبيعة هذا العمل [٣] ، كالتزام بتسليم حيوان حيا • أما الالتزام بنقل حق عينى أو انشاء هذا الحق ، أى الالتزام باعطاء ، فيندر فى الواقع أن يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله ، لأن الوفاء الجزئى به — حتى فى الحالات التى يكون فيها الشىء محله غير قابل للتجزئة المادية — يظل أمرا ممكنا وذلك بأن تنقل للدائن حصة شائعة فى الشىء بدلا من الحق كاملا [٤] •

— وتتحقق عدم القابلية للانقسام النسبية ، كما قلنا ، فى كل مرة يكون محل الالتزام فيها غير قابل لأن ينقسم بسبب نظرة المتعاقدين اليه ككل لا ينقسم •

---

(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٣٤ ؛ مارتى ورينو بند ٧٧٠ ؛ انظر أيضا د. اسماعيل غانم بند ١٨٥ .

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٣٤ .

(٣) ويرى مارتى ورينو أن « معظم » صور الالتزام بعمل ، تكون كذلك : انظر بند ٧٧٠ ؛ وفى نفس المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٣٤ .

(٤) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٧٠ . ومن الأمثلة العملية النادرة له ، والتى تحظى بتسليم الفقه : الالتزام بتقرير حق ارتفاق . أنظر مثلا : مارتى ورينو بند ٧٧٠ ، وكولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٣٤ ، د. اسماعيل غانم ص ٣٤٧ هامش ١ . كما يمثل بعض الشراح لذلك أيضا بالالتزام بترتيب حق رهن : أنظر : كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، الاشارة السابقة ، د. السنهورى حـ ٣ بند ٢١١ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٩٥ ، ونقض مصرى ١٩٧٣/٧/١١ المجموعة ٢٤ — ١٧٣ — ١٠٠٠ ، وانظر عكس ذلك ، وان قاعدة عدم تجزئة الرهن المقررة بالمادة ١٠٤١ مدنى لا شأن لها بالالتزام بانشائه ، اذ يصح أن يتقرر الرهن عن حصة شائعة فى عقار ، د. اسماعيل غانم ، الاشارة السابقة ، وفى نفس الاتجاه العكسى : د. محمود جمال الدين زكى بند ٥٠٩ .

(ب) وأما عــدم الانقسام المشروط (١) ، فانه لا يرجع الى أن طبيعة المحل لا تقبل الانقسام مطلقا أو نسبيا على التحديد السابق ، وانما الى مجرد الاتفاق على عدم تنفيذ الالتزام مقسما . هـذا الاتفاق الذى قــد يكون صريحا . وقــد يكون ضمنيا يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف التعاقد (٢) . وبخاصة من الغرض المقصود من الالتزام . ومثاله . ما أشارت اليه المذكرة الايضاحية ، من شراء أحد الأشخاص قطعة أرض من عدة ملاك حين كان مفهوما من العقد أنه قــد قصد أن يقيم عليها مصنعا . اذ لا يجوز فى هــذه الحالة أن يتم الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة . بل يلزم الوفاء بالكل (٣) .

ويغلب فى عــدم الانقسام الاتفــاقى أن يكون مشروطا لمصلحة الدائن . على أنه قــد يكون مشروطا فى بعض الأحيان لمصلحة المدين . فلايجبر هذا الأخير . عندئذ . على تقسيم الوفاء على الدائنين المتعددين .

* * *

٢٧٦ — وقــد لخصت أسباب عدم قابلية التزام ما للانقسام . المادة ٣٠٠ مدنى . حين قضت بأنه : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

(ب) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك » .

---

(١) ويصف كابونييه عدم قابلية الالتزام للانقسام فى هذا الفرض ، بانها عرضية . بنــد ١٣٤ ص ٤٩٣ ، وانظر ، بوجه عام ، فى هــذا الموضوع :

J. BOULANGER : Usage et abus de la notion d'indivisibilité. R.T 1950 P. 1 et s.

(٢) فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٢٥ المجمــوعة ٢٩ — ٢٥٩ — ١٣٢٨ ، وفى فرنسا قضت محكمة النقض بأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون بذاته غير قابل للانقسام . وأنه لا يمكن استخلاص عدم قابليته لهــذا الانقسام من مجــرد كونه قد حدد جمــلة فى العقد ، دون اشتراط أن يكون على كل من المدينين به دفع نصف هذا المبلغ ، انظــر : نقض ١٩٨٤/١/١١ (د. ١٩٨٤ — أ.ر — ٢٧٥ وتعليق مارتان) .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٠١ .

آثار عدم القابلية للانقسام :

٢٧٧ ـ لا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام الا عندما يتعدد الدائنون أو المدينون [1] . أما اذا كانت الرابطة القانونية تجمع بين دائن واحد ومدين واحد ، فان القاعدة نفسها ، كما سنفصله فى موضع لاحق ، هى عدم جواز تجزئة الوفاء ، بمعنى أنه لا يجوء اجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، حتى ولو كان محل الالتزام قابلا لأن ينقسم .

٢٧٨ ـ فاذا كان التعدد فى المدينين « كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا » (م ١/٣٠١) ، بما يعنى أن من حق الدائن الرجوع على أيهم به كله « وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته ، الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » (م ٢/٣٠١) . كما لو كان أحد المدينين مثلا هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمله وحده .

٢٧٩ ـ واذا كان التعدد فى الدائنين : سواء كان هذا التعدد ابتداء (أى عند نشأة الرابطة القانونية) أو وقع لاحقا (كما لو تعدد ورثة من كان بمفرده دائنا فى هذه الرابطة) ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . فاذا اعترض أحد الدائنين او الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين ، أو ايداع الشىء محل الالتزام » (م ١/٣٠٢) . هذا عن أثر عدم القابلية للانقسام فى علاقتهم بالمدين ، أما فى العلاقة فيما بينهم ، فان الدائنين الآخرين يرجعون « على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته » (م ٢/٣٠٢) .

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٩/٣/١٧ المجموعة ٣٠ (ع ١) — ١٥٤ — ٨٣٩ ؛ وانظر ايضا : ستارك بند ١٨٨٨ ، مارتى ورينو بند ٧٦٨ .

اوجه الاختلاف بين عدم القابلية للانقسام ، والتضامن (١) :

٢٨٠ — بدا من آثار عدم القابلية للانقسام على نحو ما عرضناه، كيف تقترب الى حـــد كبير من آثار التضامن • لكن يبقى ، مع ذلك ، فارقان جوهريان بين هذين النظامين :

فمن ناحية : بينما أن التضامن بين المدينين يمتد ليشمل الى جانب تضامنهم فى التنفيذ العينى للالتزام ، تضامنهم فى الالتزام بالتعويض نتيجة اخلالهم بهذا التنفيذ ، فان عـــدم الانقسام الطبيعى للالتزام ، وهو يرجع الى طبيعة محله نفسها ، انما ينحصر — بداهة — فى فرض تنفيذه عينا • أما التعويض عن الاخلال بهـــذا التنفيذ ، وهو يتمثل — بالفرض — فى مبلغ من النقود : فانه ينقسم على المدينين المتعددين ، لأن النقود بطبيعتها نفسها ، مما يقبل هـــذا الانقسام [٢] • ويظهـــر من ذلك الى أى حـــد يكون من مصلحة الدائن ألا يكتفى بعدم قابلية الالتزام للانقسام ، وانما أن يشترط التضامن بين مدينيه المتعددين •

ومن ناحية أخرى : بينما يظل الالتزام غير القـــابل للانقســـام (بطبيعته أو بالاشتراط) محتفظا بهـــذه الصفة اذا توفى الدائن فيه فورثه متعددون [٣] ؛ حيث يجوز لكل وارث كما قلنا أن يطالب بأداء الالتزام كاملا (م ١/٣٠٢) ، فان التضامن بين الدائنين فى التزام يقبل الانقسام ، لا يحول كما بينا فى موضع سابق ، « دون انقسام الدين بين ورثة أحـــد الدائنين المتضامنين » (م ٢/٢٨٠) •

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى اوجه الاختـــلاف بين النظامين راجع : ستارك ، البندان ١٨٨٩ ، ١٨٩٠ ؛ جوسران بند ٨٠١ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٧٥ • وانظـــر نقض مصرى ١٩٦٦/٢/١٧ المجموعة ١٧ (ع ١) — ٤٦ — ٣٢٩ ، ونقض فرنسى ١٩٣٣/٢/١٤ (د.ا ١٩٣٣ ص ٢٢٤) .

(٣) ويمتد نفس الحكم فى القانون الفرنسى الى الفـــرض الذى يتوفى فيه احد المدينين ، حين لا ينقسم الالتزام ايضا على ورثته ؛ بمـــا يعنى ان بامكان الدائن ان يرجـــع على أى من هؤلاء الورثة بالدين كاملا . ويرى جوجلار فى هذا الحكم ، الفائدة الرئيسية من فكرة عدم الانقسام بند ١٠٧٦ ؛ وفى نفس المعنى : مارتى ورينو بنـــد ٧٧١ .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

تمهيـــد :

٢٨١ — يقصـــد بانتقال الالتزام : تغير أحـــد أطراف الرابطة القانونية بحلول غيره محله ، فى ذات هذه الرابطة ، ومع الابقاء عليها . وهو بهذا الشكل يختلف عن بعض صور انقضاء الالتزام التى يترتب على تغير أحـــد أطراف الرابطة القانونية فيها انقضاء الالتزام الأصلى وحلول الالتزام جديد محله (كما هو الحال فى التجديد والانابة) (١) .

٢٨٢ — ويقع انتقال الالتزام : اما بسبب الوفاة ، حين يخضع لأحكام الارث والوصية : أو بين الأحياء حين يسمى بالحوالة . فاذا أصاب التغير شخص الدائن كنا بصدد حوالة الحق (٢) . أما اذا تناول التغيير شخص المدين كنا بصدد حوالة الدين . ونخصص لكل من نوعى الحوالة فصلا مستقلا .

---

(١) انظر فى تفاصيل التفرقة بين حوالة الحق ، وعـــذه الأنظمة ، وكذلك بينها والوفاء مع الحـــلول ، والاشتراط لمصلحة الغـــير : جوجلار (دروس مازو) بنـــد ١٢٧٦ . مارتى وريـنـــو بنـــد ٨٠٣ : د. السنهورى جـ ٣ ، البنود من ٢٤٢ — ٢٤٤ .

(٢) ولم ينظم القانون المدنى الفرنسى سوى هذا النوع من الحوالة فقط ، وذلك فى المواد من ١٦٨٩ — ١٦٩٥ . وقد عالجها — بهذه المواد — فى الباب المخصص لعقد البيع . راجع فى نقد هـــذا المنهج . تأسيسا على أن حوالة الحق يمكن ان تتم على سبيل التبرع ، ويمكن أن يكون المقصود منها هو الوفاء بمقابل : جوجلار (دروس مازو) بنـــد ١٢٥٧ .

اما حوالة الدين ، فلم ينظمها المشرع الفرنسى . ويصف بعض الشراح الفرنسيين التطبيقات الاستثنائية التى استعان فيها المشرع بهذه الفكرة ، بأنها تطبيقات « نادرة » . انظر : جوجلار بنـــد ١٢٨١ .

ويثور التساؤل فى فرنسا عما اذا كان سكوت المشرع عن تنظيم هذا النوع من الحوالة ، يعنى عدم جواز التراضى على انتقال الدين الى مدين آخر ولو بموافقة الدائن على هـــذا الانتقال ؟ . البعض يجيب على ذلك الايجاب ، مؤكدا ان سكوت المشرع عن تنظيم هـــذا النوع من الحوالة هو « سكوت مقصود » . انظر جوجلار بند ١٢٨١ : فيما يؤكد البعض وجهـــة النظر العكسية ، تأسيسا على ان مبدا حرية الاتفاقات يكفى لتبرير مثل هذه العملية القانونية ، شريطة أن يوافق الدائن على هذا الانتقال : انظر :

مارتى وريـنو بنـــد ٨٠٢ ؛ وانظر ايضا : محكمة ستراسبورج الابتدائية (الاستئنافيـــة) : ١٩٧١/٣/٢٤ (د. ١٩٧٣ — ١٦ وتعليق لاروميـــه ، ر.ت ١٩٧٢ — ٧٧٧ وتعليق لوسوران) .

الفصل الأول

حوالة الحـق

Cession de créance

تعريفها : والغرض منها (1) :

٢٨٣ ــ حوالة الحق عقد . ينقل الدائن بموجبه . ذات الحــق الذى له فى مواجهــة المدين . الى شخص آخــر : حين يسمى الدائن الأصلى بالمحيل . والدائن الجديد المحال له ؛ والمدين بالمحال عليه .

٢٨٤ ــ وقــد ينقل الدائن حقه لغيره دون مقابل . حين تكون الحوالة بقصد التبرع . فتأخذ حكم الهبة وتخضع لأحكامها (2) . وقــد ينقله بعوض فتأخذ الحوالة حكم البيع . ويقع ذلك حين يقصد الدائن بحق مؤجل . أن يحيل هــذا الحق لآخر مقابل الحصول منه على ثمن عاجل . وان كان أقل مما له فى مواجهــة المدين . وقــد يقصد الدائن بالحوالة : أن يفى بها دينا عليه للمحال له . فتأخذ الحوالة حكم الوفاء بمقــابل .

تقســيم :

نقسم هــذا الفصــل الى مباحث ثلاثة . نعرض فى أولها لانعقاد الحوالة ونخصص الثانى لنفاذ الحوالة . لنكرس لآثار الحوالة المبحث الثالث .

---

(1) راجع فى تفاصيل الفــائدة العملية من حوالة الحق : جوجــلار (دروس مازو) بنــد ١٢٥٦ .

(2) فى هذا المعنى ايضا : ستارك بنــد ٢٣١٨ .

المبحث الأول
انعقاد حوالة الحق

٢٨٥ — تنعقد حوالة الحق بالاتفاق بين الدائن الأصلى (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) • فلا يشترط أن يكون المدين طرفا فيها • وأساس ذلك أن هـذا الأخير — من حيث الأصل — لا يضيره أن يفى بالدين لشخص معين أو لآخر [1] •

ويخضع الاتفاق على الحوالة للقواعد العامة فى العقد ، من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب • واستيفاء كل منها لما يتطلبه القانون من شروط • ويضاف الى ذلك ضرورة توافر الشكل حين تكون الحوالة هبـة صريحة للمحال اليه [2] •

٢٨٦ — والأصل أن الحوالة تجوز فى كل الحقوق الشخصية [3] وذلك بصرف النظر عن محل هذه الحقوق • فقد يكون نقودا أو مثليات ، حقـا مدنيا أو تجاريا . عملا أو امتناعا عن عمل • كذلك لا يهم ما اذا كان الحق عاديا (بسيطا) أو موصوفا (معلقـا على شرط أو مضافا لأجل) • كل ما فى الأمر أنه يتعين أن يكون الحق محل الحوالة قابلا للحجز عليه (م ٣٠٤ مدنى) •

غير أنه قـد يحول دون امكان الحوالة : طبيعـة الحق أو نص القانون • كما قـد يتفق المدين مع دائنه على عدم جواز حوالة هـذا الحق الى شخص آخر (م ٣٠٣) •

فحيث يكون شخص الدائن محل اعتبار فى العقد : فان طبيعة هذا الحق تتنافى مع امكان حوالته • كمـا هـو الحـال فى عقود شركات الأشخاص • وقـد يحظر القانون نفسه حوالة الحق لاعتبارات معينة :

---

(١) فى هذا المعنى : ستارك بنـد ٢٣١٩ .
(٢) فى هذا المعنى : جوجلار بنـد ١٢٥٩ .
(٣) فى هذا المعنى : نص المـادة ٣٠٣ مدنى مصرى .

كما هــو الحال فيما تقضى به المــادة ٦٣٩ مدنى من عدم امكان نزول المستعير عن استعمال الشيء المعار للغير ولو على سبيل التبرع . دون اذن من المعير . وقــد يشترط المدين على دائنه عند التعاقد . عــدم تحويل حقه للغير . كأن يحظر المؤجر على المستأجر أن يتنازل عن حقه فى الايجار لغيره .

المبحث الثانى
نفــاذ الحوالة

٢٨٧ — اذا كان يكفى لانعقاد الحوالة . الاتفــاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، الا أن نفاذها فى مواجهة المدين يستلزم — على الأقل — احاطته علما بهــا . حتى يتبين شخص الدائن الذى يتعين عليه أن يفى له . والا كان المدين على حــق ، أن يعتقد أن شخص الدائن لم يطرأ عليه أى تغيير فاذا أوفى له — رغم حوالة لا يعرف عنها شيئا — كان وفاؤه صحيحا مبرئا لذمته [١] .

لذلك كان من المفهوم أن يعلق المشرع نفاذ الحوالة فى مواجهــة كل من المدين والغير على اعلان المدين بها أو قبوله لها (م ٣٠٥) [٢] .

١ — نفــاذ الحوالة فى مواجهة المدين :

٢٨٨ — تنفذ الحوالة فى مواجهة المدين . اما باعلانه بها أو بقبوله لهــا . ولا يكفى علمه الفعلى بها ، ما لم يكن متواطئا .

(أ) الاعلان :

٢٨٩ — ويقوم به — عادة — الدائن الجــديد (المحال له) . اذ هو صاحب المصلحة الأكبر فى نفاذ الحوالة ؛ ولكن يجــوز أيضــا أن يتم عن جانب الدائن القديم (المحيل) [٣] .

---

(١) فى هذا المعنى ايضا : كاربونييه بند ١٢٣ ص ٤٥٢ .
(٢) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٩ ص ٦١ ؛ نقض ١٩٧٨/٦/٢١ المجموعة ٢٩ — ٢٩١ — ١٥١٠ .
(٣) فى هذا المعنى ايضا : جوجلار بند ١٢٦٠ .

ويتم الاعلان بورقة رسمية من أوراق المحضرين . سواء أعلنت خصيصا للمدين بهدف اعلانه رسميا بحصول الحوالة ، أو أعلنت لغرض آخر ، وان تضمنت ما يفيد حصول الحوالة . وشروطها الجوهرية [١] . (كورقة التكليف بالحضور التى يوجهها الدائن الجديد الى المدين لمطالبته بسداد الدين الذى حل فيه محل الدائن القديم) [٢] انما لا يغنى عن الورقة الرسمية أى طريق آخر ولا الكتاب المسجل المصحوب بعلم الوصول [٣] .

(ب) القبـــول :

٢٩٠ — تنفذ الحوالة — من باب أولى — فى مواجهة المدين اذا قبلها ، صراحة كان هذا القبول أو ضمنا . والوضع الطبيعى أن يتم هذا القبول بعد انعقاد الحوالة . اذ يغلب أن يقع الاتفاق عليها فى غير وجود المدين . انما ليس هناك ما يمنع أن يتم هذا القبول أثناء الاتفاق على الحوالة بين طرفيها (الدائن القديم والدائن الجديد) . على أن يلاحظ أن المدين بهذا القبول لا يعتبر طرفا فى الحوالة . فقبوله لا يعنى أكثر من أنه علم بالحوالة وبشخص دائنه الجديد [٤] ، بما يجعله ملتزما بالوفاء لهذا الأخير فى حدود ما كان ملتزما به نحو الدائن الأصلى . ولذلك فان قبول المدين للحوالة لا يسقط حقه فى التمسك — فى مواجهة الدائن الجديد — بالدفوع التى كان يمكنه التمسك بها

---

(١) انظر د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٩٢ .

(٢) انظر : ستارك بند ٢٣٢٤ ، بريور تعليق على حكم استئناف بواتييه فى ١٩٦٧/١٠/١٠ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٥٤٤) . وانظر من تطبيقات القضاء المصرى . نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٢٣ ص ٦٢٩ ؛ نقض ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة ٢٩ — ٢٤٧ — ١٢٦١ ، وانظر ايضا نقض ١٩٧٦/٥/٢٤ المجموعة ٢٧ — ٢٢٣ — ١١٧١ . وقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية ان يكون هذا التكليف مشتملا على صورة (او ملخص extrait) من الحوالة ، يؤكد انتقال الحق الى الدائن الجديد ، انظر : نقض (تجارى) ١٩٦٩/٢/١٨ (د. ١٩٦٩ — ٣٥٤) .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٦/١/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٧ ص ١٣٢ .

(٤) وانظر — تبعا لذلك — انتقاد بعض الشراح الفرنسيين استخدام لفظة « القبول » فى هذا الموضع لعدم دقتها : جوجلار بند ١٢٦٠ .

فى مواجهة الدائن القديم • لا يستثنى من ذلك الا الدفع بالمقاصة اذا كان المدين قــد قبل الحوالة دون تحفظ •

انما لا يتصور — على العكس — أن يقع القبول فى وقت سابق على الحوالة (كأن يقرر المقترض فى سند القرض أنه يرضى مقــدما حوالة المقرض حقه لأى شخص آخر) لأن الغرض من اشتراط القبول ليس مجرد اخطار المدين بوقوع الحوالة . وانما أيضا احاطته علمـــا بشخص الدائن الجـــديد ؛ وهـــو ما يستلزم أن يكون شخص الدائن الجديد قـــد تحدد بهـــا [1] •

***

علم المدين الفعلى بصدور الحوالة ، لا يقوم مقام الاعلان أو القبول :

٢٩١ — انمـــا لا يغنى عن الاعلان الرسمى أو القبول ، على التحديد السابق — العلم الفعلى من جانب المدين بصـــدور الحوالة ؛ حتى ولو استطاع ذو الشـــأن أن يقيم الدليل على هـــذا العلم . بل ولو أقر بهذا العلم المدين نفسه[2] • « ذلك أن القانون متى رسم طريقا محـــددا للعلم بتصرف معين ، فلا يجـــوز استظهار العلم الا بهـــذا الطريق » [3] • ولا تحتمل هـــذه القاعدة استثناء الا فى حالة الغش من جانب هـــذا المدين : كأن يتواطأ — بعد علمه بصدور الحوالة — مع المحيل ، ويوفيه الدين اضرارا بالدائن الجديد • وغالبا ما يحصل المدين فى هـــذا التواطؤ على منفعة من المحيل ؛ كأن ينزل له هـــذا الأخير مثلا عن جزء من الدين • فى مثل هـــذه الحالة ، يقع هـــذا الوفاء باطلا ؛ لأن القاعدة أن الغش يفسد كل ما بنى عليه من تصرفات • ويجوز . من ثم ؛ للدائن الجديد أن يتجاهل هـــذا الوفاء وأن يعلن الحوالة المدين فتصبح نافذة فى مواجهته ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به ، فيتعين على المدين أن يفى به له • واذا كان المدين — بهـــذا الشكل — سيفى

---

(١) انظر فى هذا المعنى ايضا د. اسماعيل غانم بند ١٩٢ .

(٢) انظر فى هـــذا المعنى ايضا نقض مصرى ١٩٧٦/١/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٧ ص ١٣٢ .

(٣) د. السنهورى ج ٣ بنـــــد ٢٦٨ ؛ وانظـــر فى نفس المعنى : استئناف باريس ١٩٦٩/١/٨ (د. ١٩٦٩ — ملخص — ٣٧) .

بالدين مرتين . فلا يصح أن يلومن فى ذلك الا نفسه ، وان بقى له أن يرجع على شريكه فى الغش (المحيل) بما سبق أن دفعه له . وعلى هذه الأحكام شبه اجماع الفقه فى مصر [١] .

وفى فرنسا : يسلم الفقه أيضا بأنه دون اعلان المدين بالحوالة أو قبوله الرسمى لها . طبقا للمادة ١٦٩٠ مدنى . فانها لا تنفذ فى مواجهته . حتى ولو كان يعلم فعلا بوجودها [٢] . وفى العلاقة بين الدائن الأصلى (المحيل) والمدين : يطبق القضاء الفرنسى هـذا المبدأ بكل صرامته : فهو لا يقتصر فقط على تأكيد أن عدم اتخاذ أى من اجرائى نفاذ الحوالة لا يمكن أن يضير المدين . الذى يستطيع — من ثم — أن يفى بالدين لدائنه الأصلى فيقع وفاؤه صحيحا حتى ولو كان يعلم فعلا بوجـود الحوالة . وانما يؤكد أيضا أن عدم اتخاذ أى من هذين الاجراءين يمنع المدين من التمسك بهذه الحوالة : بمعنى أنه لا يستطيع أن يدفع رجوع دائنه الأصلى (المحيل) عليه بأن حقه قـد أحيل الى شخص آخر ؛ اذمن حق هـذا الدائن (المحيل) . فى نظر القضاء الفرنسى : أن يحتج على المدين بعدم نفاذ الحوالة فى مواجهته [٣] . أما فى العلاقة بين المدين والدائن الجـديد (المحال له) : فانه يطبق المبـدأ السابق بشىء من المرونة : حيث يجيز — من ناحية — للدائن الجديد مطالبة المدين بالوفاء ، بالرغم من عدم اتخاذ أى من اجرائى نفاذ الحوالة فى مواجهته : ما دام أن هـذا الوفاء ليس من شأنه الاضرار بالمدين ولا بأحد الأغيار [٤] .

(١) انظـر مثلا : د. السنهورى . الاشارة السابقة ؛ د. سليمان مرقس ١٩٦١ ص ٨٦٣ هامش ٣ ؛ د. أنور سـلطان بنـد ٣٢٨ ؛ د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ٢٢٨ . د. الصدة بند ٩٢ ؛ د. عبد الودود يحيى بند ١٢٢ وانظـر عكس ذلك . وكفـاية العلم الفعلى . ومن ثم عدم ابراء الوفاء من جانب المدين العالم فعلا بوجود الحوالة : د. شفيق شحاته حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ١٩٥٤ ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) انظر مثلا : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٦٢ ؛ مارتى ورينـو بنـد ٨١٥ .

(٣) انظر مثلا : نقض فرنسى ١٩٣٨/٦/٢٠ (د. ١٩٣٩ — ١ — ٢٦ وتعليق فيل) . وراجع فيما يؤخذ على هذا الحل : ستارك بند ٢٣٣٢ ؛ جوجلار بنـد ١٢٦٢ .

(٤) انظر مثلا : نقض فرنسى ١٩٣١/٣/٤ (د. ١٩٣٣ — ١ — ٧٣ وتعليق رادوان) ؛ نقض ١٩٦٩/٣/١٨ (د. ١٩٦٩ — ملخص — ١٢١) .

كما يبطل ، من ناحية أخرى ، الوفاء الذى يتم من جانب المدين لدائنه الأصلى (المحيل) ولو كان هــذا الوفاء سابقا على نفاذ الحــوالة فى مواجهة المدين ، طالما تم بالتواطؤ بينهما لمنع الدائن الجديد (المحال له) من الافادة من الحوالة ، وذلك تأسيسا على مبدأ أن الغش يفسد ما يبنى عليه من تصرفات (١) .

٢ — نفــاذ الحوالة فى مواجهة الغير :

٢٩٢ — يقصد بالغير فى هــذا الصــدد ، من يتأثر حقه بنفاذ الحوالة (٢) . وهم الأشخاص الذين لهم على ذات الحق المحال به ، حقا يتعارض مع الحوالة ، كالمحال لهم بذات الحق المحال به ، ودائنوا المحيل الذين أوقعوا الحجز على حقه فى مواجهة المدين (المحال عليه) تحت يد هــذا الأخير . ودائنوا المحيل الذى أشهر اعساره اذا كانت حقوقهم ثابتة فى ذمته قبل شهر الاعســار . فجميع هؤلاء الأغيار ، لا تنفذ الحوالة فى مواجهتهم بدورهم الا باعلان المدين رسميا بهــا أو بقبوله لها . غير أنه يتعين لنفاذها فى مواجهتهم بقبول المدين ، أن يكون تاريخ هــذا القبول ثابتا بوجه رسمى ، (م ٣٠٥) . وذلك درءا لامكان تواطؤ محتمل بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، على تقديم تاريخ الحوالة ، وجعله سابقا على حق هؤلاء الأغيار اضرارا بهم (٣) .

٣ — اجراءات خاصة لنفاذ حوالة بعض الحقوق :

٢٩٣ — قــد يشترط المشرع ، لنفاذ الحوالة فى مواجهة طائفة معينة من الأغيار اجراء تكميليا يضاف الى القبول أو الاعلان . ومثال

---

(١) اشار لذلك : جوجلار بنــد ١٢٦٢ .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٢٥ (وان كان يعتبر المدين نفسه من قبيل الغير ، حيث أن الحوالة لا تستلزم ، لانعقداها ، تدخلا من جانبه). وانظر فى تعبير اكثر عمومية — وان كان اقل دقــة فيما نعتقد : جوجلار بنــد ١٢٦١ حيث يرى أن المقصود بالغير هو كل من ليس طرفا فى عقــد الحوالة ولا خلفا عاما لأحد طرفى هذا العقد . فيما يرى — بالمقــابلة — د. اسماعيل غانم (بنــد ١٩٣ (أن المقصود بالغير هنا ليس الأجنبى عن عقد الحوالة ، اذ لا شــأن لهــذا الأجنبى بها ما دام انه لن يضار منها .

(٣) فى هذا المعنى : ستارك بنــد ٢٣٢٩ .

ذلك ما تقضى به المــادة ١١ من قانون الشهر العقارى فى خصـــوص حوالة أجرة العقار مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ؛ حين تستوجب ضرورة تسجيل هــذه الحوالة حتى تنفذ فى مواجهة الغير • لأن حوالة هــذا القدر من الأجرة انما تؤدى فى الواقع الى انقاص قيمة العقار . بمــا يتعين معه أن تتصل بعلم من يريد التعامل بشأن هــذا العقار •

وقــد ييسر المشرع — على العكس — نفاذ الحوالة فى مواجهــة الغير • ففى القــانون التجارى : تنفذ الحوالة فى السندات الاذنيــة بطريق التظهير • كما ينتقل الحق فى السندات لحامله بمجرد المناولة المــادية للسند •

المبحث الثالث

آثار الحــوالة

٢٩٤ — يترتب على الحوالة من ناحية . انتقال الحق المحال به الى المحال له ، والتزام المحيل بالضمان — من ناحية أخرى — فى مواجهة المحال له اذا كانت الحوالة بعوض •

أولا : الأثر النــاقل للحوالة :

١ — انتقال ذات الحق ، فور انعقاد الحوالة ، الى المحال اليه :

٢٩٥ — متى انعقدت الحوالة بتراضى طرفيها ، انتقل الحــق الذى كان للمحيل فى مواجهة المدين الى الدائن الجديد (المحال اليه) • والذى ينتقل هو ذات الحق : بنفس طبيعته (مدنيا أو تجاريا) وبذات أوصافه (معلقا على شرط أو مضافا لأجل) ، وبنفس ضماناته شخصية كانت أو عينية [١] ، وبنفس توابعــه (كالفوائد) [٢] ، وما يحميــه

---

(٢٤١) وفى هــذا المعنى تقضى المــادة ٣٠٧ مدنى بأن : « تشــمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لمــا حل من فوائد وأقساط » .

أو يؤكده من الدعاوى [١] (كدعوى الفسخ لعدم التنفيذ) . فاذا أحال الدائن بالثمن ، حقه فى مواجهة المدين (المشترى) الى دائن آخر . انتقلت مع هـذا الحق دعوى الفسخ الذى تحميه . فاذا لم يف المدين بحق الدائن المحال له « أى بالثمن » كان لهذا الأخير أن يطلب فسخ البيع ، ليعود المبيع اليه هو لا الى البائع المحيل . كما ينتقل ذات الحق بما يلحقه من دفوع . ومن ثم يكون للمدين اذا رجع عليه المحـال له أن يتمسك فى مواجهته بجميع الدفوع التى كان يمكنـه التمسك بهـا فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه [٢،٣] (م ٣١٢) ؛ وذلك باستثناء الدفع بالمقاصـة اذا كانت الحوالة قـد نفـذت فى مواجهته بقبولهـا دون تحفظ . ويتعين على الدائن المحيل ، وقـد ترتب على الحوالة انتقال الحق للمحال له أن يسلم هـذا الأخير مستندات الحق وكل ما هو ضرورى لاثباته .

٢٩٦ — وانتقال الحق من المحيل الى المحال له يتم فور انعقاد الحوالة دون نظر الى نفاذها فى مواجهة المدين . ويتعين — من ثم — أن يتسق سلوك المحيل مع هـذه الحقيقة . فيجب عليه اذا ما أوفاه المدين الذى لا يعلم بالحـوالة ، أن يسلم هـذا الوفاء للمحال له ، اذ لم يعد له حق فيه . كما يجب عليه أن يمتنع — فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة ونفاذها — عن أى تصرف يضر بالمحال له ، لمـا يؤدى اليه من انقاص الحق المحال به أو انقضائه أو زواله ، والا كان مسئولا بضمان ما صدر منه من أفعال شخصية فى مواجهة المحال له ، ولو كانت الحوالة تبرعا (م ٣١١) .

---

(١) انظـر من تطبيقـات القضـاء المصرى فى هـذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقـم ٢٤٧ ص ١٢٦١ . كذلك قضت محكمة النقض بأن انتقال الحق المحال به بالنسبة للمحال عليه انما يكون بالحالة التى يكون عليها الحق وقت اعلانه بالحوالة أو قبولها ؛ انظـر حكم ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة ٢٩ — ٢٤٧ — ١٢٦١ .

(٢) انظـر فى هـذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ .

(٣) هذا فضلا عما للمدين أن يتمسك به ضـد المحال له من الدفوع المستمدة من عقد الحوالة (م ٣١٢) .

٢٩٧ — غير أن الحوالة قـد لا تكون بكل ما للدائن من حـق فى مواجهة مدينه . وانما بجزء منه فقط ، حين يستبقى الدائن لنفسـه الجزء الآخر . فيصبح — من ثم — للمدين دائنان : دائنـه الأصلى (بما تبقى من الحق لم تشمله الحوالة) . والدائن الجديد (بالجـزء الذى تمت حوالته) . وفى مثل هـذا الفرض لا تكون للدائن الأصلى أية افضلية أو أولوية على المحال له فيما تبقى له من حـق فى مواجهة مدينه ، وانما يكون كل منهما على قدم المساواة مع الآخر ، بحيث أنه اذا لم تكف ذمة المدين المـالية للوفاء بجزئى الحق معا ، اقتسم الدائنان أموال المدين فيما بينهما قسمة غرماء كل بنسبة حقه (١) .

٢ — تراخى انتقال الحق بالنسبة للمدين الى وقت نفاذ الحوالة :

٢٩٨ — اذا كانت فورية الأثر الناقل للحوالة أمرا مفهوما بين طرفيهـا ، فان المنطقى — على العكس — أن يتراخى هـذا الأثر — بالنسبة للمدين . الى حين نفاذ الحوالة فى مواجهته . ما دام المفروض فيه ، حتى ذلك الوقت أنه لا علم له بها ، ولا بشخص دائنه الجديد . ومن ثم فحتى هـذا النفاذ يتعين الحكم على تصرفه وفق هذه الحقيقة . فاذا أوفى لدائنه القديم كان وفاؤه صحيحا مبرئا لذمته . كما أن من حقه أن يدفع رجـوع الدائن الجديد عليه ، بكل ما نشأ له من دفوع فى مواجهة المحيل حتى نفاذ الحوالة فى مواجهته (م ٣١٢) . ولو كان سبب هـذه الدفوع لاحقا على انعقاد الحوالة بين طرفيهـا (كدفع بالمقاصة لحق نشأ له فى مواجهة دائنه المحيل قبل نفاذ الحوالة ، ولو نشأ بعد انعقادها) . أما بعد نفاذ الحوالة فيتعين على المدين أن يفى بالدين للدائن الجديد . ولا يعد بامكانه أن يدفع فى مواجهته بأى دفع ينشأ له فى علاقته بمن كان دائنا له قبل الحوالة .

٢٩٩ — انما رعاية للمصلحة المشروعة للدائن الجديد ، والفرض أن الحق المحال به ينتقل اليه فور الحوالة ، أجاز المشرع لهذا الدائن

---

(١) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١٢٧٢ ، ستارك بند ٢٣٣٧ .

ولو قبل نفــاذ الحوالة أن يتخــذ من الاجراءات فى مواجهـــة المدين ما يقتضيه المحافظة على الحق الذى انتقل اليه (م ٣٠٦) • كما أنه درءا لتواطؤ محتمل بين الدائن القديم والمدين . فى فترة ما قبل نفــاذ الحوالة . للاضرار بالمحال له . سبق أن رأينا أنه لا ينفذ فى حق المحال له . ما قام به المدين — قبل نفــاذ الحوالة — من وفاء بالدين لدائنه القديم رغم علمه الفعلى بالحوالة • فالوفاء فى هــذه الحــالة كان عن غش ، والغش — كما يقال — يفسد كل شىء •

٣ — لا يسرى الأثر الناقل للحوالة فى مواجهة الغير الا من وقت نفــاذ الحوالة فى مواجهتهم :

٣٠٠ — سبق أن ذكرنا أن الغير فى هــذا الخصوص هم من لهم على ذات الحق المحال به من الحقوق ما يتعارض مع الحوالة • ورعاية مصلحة هؤلاء الأغيار تقتضى حتما عدم الاحتجاج عليهم بالأثر الناقل للحوالة الا منذ نفاذ هــذه الأخيرة فى مواجهتهم ، باعلان المدين رسميا بهـا أو بقبوله الثابت التاريخ لها • وفى ضوء هــذا التحديد يسهل استنباط الحلول فى كل الفروض التى يتصور فيها التعارض بين حــق أحــد الأغيار وحق المحال له ، وذلك على النحو التالى :

(أ) التنازع بين محال لهم متعددين :

٣٠١ — قــد يحيل الدائن ذات حقه فى مواجهة المدين الى عدة أشخاص على التعاقب • فنكون بصــدد محال لهم متعددين ، يتنازع كل منهم على الحق المحال به • وعندئذ تكون المفاضلة بينهم على أساس أسبقية نفــاذ الحوالات المتعددة (م ٣١٣) • فمن كانت حوالته منهم قــد نفذت فى مواجهة المدين قبل غيرها ، كان صاحبها مفضلا عمن عداه ، وذلك دون نظــر لتواريخ انعقــاد الحوالات • فتظل الحوالة الأسبق فى النفاذ مفضلة على غيرها ولو سبقتها فى الانعقاد حوالات أخرى •

(ب) التنازع بين المحال له ودائنى المحيل الذى اشهر اعساره :

٣٠٢ — اذا تعارض حق المحال له مع حقوق الدائنين الذين أشهروا اعسار المحيل فان الفيصل هو مدى أسبقية كل من نفاذ الحوالة أو شهر

الاعسار • على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنا هى بتاريخ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار وليس بتاريخ الحكم الصادر فيها • فاذا كانت الحوالة قد نفذت قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، خلص الحق المحال به للمحال له • وأما فى الحالة العكسية فلا يحتج بالحوالة فى مواجهة هؤلاء الدائنين . بحيث يظل الحق المحال به فى ضمانهم العام •

(جـ) التنازع بين المحال له والدائن الحاجز :

٣٠٣ — لا يتصور هذا التنازع اذا كان الدائن قد أوقع الحجز على الحق المحال به بعد نفاذ الحوالة • اذ يكون الحجز نفسه قد وقع على ما ليس مملوكا للمدين (المحيل) ومن ثم يكون باطلا • أما على العكس اذا كان الدائن الحاجز قد سبق الى توقيع الحجز على الحق المحال به قبل نفاذ الحوالة . فان الحجز يكون صحيحا بحسبان وقوعه على ما يزال مملوكا للمحيل • ومن ثم لا يكون بامكان المحال له أن يحتج فى مواجهة الدائن الحاجز بالحوالة اللاحقة على الحجز ، اذ يعتبر الحاجز غيرا بشأنها • لكن . لما كان من المسلم به ، أن سبق توقيع الحجز على المال منجانب أحد الدائنين لا يحول دون توقيع حجوز لاحقة عليه من جانب دائنين آخرين ، وكان المحال له فى مركز الدائن بالمحال به فى مواجهة المحيل ، فقد عامل المشرع هذه الحوالة — فى مواجهة الحاجز — معاملة حجز آخر • (م ١/٣١٤) ، بما يجعل من حق المحال له أن يقتسم الدين المحجوز مع الدائن الحاجز كل بنسبة حقه •

(د) الحوالة بين حجزين :

٣٠٤ — وقد تقع الحوالة بين حجزين • حجز سابق على نفاذها وحجز لاحقعلى هذا النفاذ • فيتنازع على الحق المحال به كل من الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثانى •

وللوهلة الأولى ، من الممكن القول بأن الحاجز الثانى لا يحق له أن يزاحم الى جانب الحاجز الأول والمحال له فى التنازع على الحق

المحال به ، فقد وقع حجزه لاحقا على نفاذ الحوالة ، فورد بهذا الشكل على ما ليس مملوكا للمحيل ؛ بمـــا يجعل منـــه حجزا باطلا • غير أنه لا يصح أن ننسى أنه لولا الحوالة التى توسطت بين الحجزين لمـــا كان هناك من أفضلية للحاجز الأول على الحاجز الثانى • كما أن سبق الحجز الأول على نفاذ الحوالة سوف يؤدى الى مزاحمة الحاجز الأول للمحال له ، بما قـــد يؤدى فى النهاية الى عدم حصول المحال له الا على نسبة من المحال به • وبهذا الشكل يكون توسط الحوالة بين الحجزين . قـــد فضـــل الحاجز الأول على الثانى دون مبرر . ولم يضمن للمحـــال له حصوله على كامل حقه المحال به •

لذلك فقد قدم المشرع لهذه المشكلة حلا معقولا . يوفق الى حـــد كبير بين جميع المصالح المتعارضة . حين قضى بأن « الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة الغرماء • على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » • (م ٢/٣١٤) مثال : اذا كان للمحيل ٦٠٠ جنيه ، حول منها ٣٠٠ جنيه . وقبل نفاذ الحوالة أوقـــع دائن للمحيل حجزا على ما لهـــذا الأخير . استيفاء لدين قدره ٥٠٠ جنيه وبعد نفاذ الحوالة أوقع دائن آخر للمحيل حجزا استيفاء لدين قدره ٤٠٠ جنيه • عندئذ يقسم مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه بين الثلاثة : الحاجز الأول : والمحال له والحاجز الثانى ؛ قسمة غرماء بنسبة حق كل منهم، أى بنسبة ٥ : ٣ : ٤ • فيكون نصيب الحاجز الأول ٢٥٠ جنيه ، ويكون نصيب المحال له ١٥٠ جنيه • ويكون نصيب الحاجز الثانى ٢٠٠ جنيه • ثم يؤخذ من نصيب الحاجز الثانى ما يستكمل به المحال له قيمة حوالته (وهى ٢٠٠ جنيه) فيكون التوزيع النهائى ٢٥٠ جنيه للحاجز الأول ، ٢٠٠ جنيه للمحال له ؛ ١٥٠ جنيه للحاجز الثانى • بهـــذا الشكل ، يكون المحال له قـــد حصل على كامل حقـــه • ويكون الحاجز الثانى قـــد حصل على قدر معقول من الحق رغم تأخر حجزه على الحوالة ؛ ولا يكون للحاجز الأول أن يتذمر من شىء ، فلا أفضلية له على الحاجز الثانى ؛ والحوالة اللاحقة على حجزه تعتبر هى الأخرى

بمثابة حجز آخــر فيكون لكل من المحال له والحاجز الثانى مزاحمته فى التوزيع •

ثانيا : التزام المحيل بالضمان :

٣٠٥ــ سبق أن أشرنا الى أن المحيل يلتزم دائما بضمان أفعاله الشخصية حتى ولو كانت الحوالة تبرعا . بل حتى ولو كان قــد اشترط على المحال له عدم الضمان [١] • (م ٣١١) •

فاذا أتى المحيل بما يستوجب هــذا الضمان ، كان للمحال له أن يرجع عليه وفقا للقواعد العــامة بالتعويض الذى يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب •

أما فيما عدا الأفعال الشخصية فان الضمان يقتصر على الحوالة بعوض دون الحوالة المجانية • وأساس ذلك أن المحيل فى النوع الثانى من الحوالة لا يعدو أن يكون متبرعا . فلا يسوغ الزامه بضمان تبرعه • وعلى ذلك فلا يجوز للمحال له ــ وقــد تلقى الحوالة دون مقابل ــ أن يرجع على المحيل بالضمان حتى لعدم وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م ٣٠٨/٢) • أما اذا كانت الحوالة بمقابل ، كان من الضرورى الزام المحيل بالضمان •

٣٠٦ ــ وقــد وضع المشرع لضــمان المحيل حــدودا ، ترك للطرفين حرية تعديلها بتخفيض الضمان أو بتشديده ، وان كان المبلغ الذى يمكن للمحال له أن يرجع به على المحيل لن يتجاوز فى كل الأحوال قدرا محددا ، وذلك على التفصيل التالى :

---

(١) فى هذا المعنى : جوجلار بنــد ١٢٧٥ ؛ مارتى ورينو بند ٨١٤ ؛ وانظر أيضا : استئناف اميان ١٩٥٦/١٠/١٨ (ج.ب ١٩٥٦ــ٢ــ٣٥٢) .

(أ) الضـــمان القـــانونى :

٣٠٧ ــ لا يضمن المحيل للمحال له ــ عند عــدم الاتفــاق ــ الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م ٣٠٨) • وهو أمر مفهوم . فالمحيل بعوض يعتبر ــ فى الواقع ــ فى مركز البائع . فاذا كان الحق الذى يحيله قــد نشأ على نحو صحيح ولا يزال موجودا وقت الحوالة . فلا يمكن بعد ذلك أن يضمن ما يطرأ على هــذا الحق مما يؤدى الى سقوطه بسبب لا يرجع اليه هو • انما يمتد هــذا الضمان ليشمل توابع الحق • فيضمن المحيل وجودها بدورها وقت الحوالة • وعند هذا الحد يتوقف ضمان المحيل ، وهو أمر عادل • ولا يتصور ــ عند عدم وجود اتفاق مخالف ــ أن نلزم المحيل بأن يضمن للمحال له يســار المدين (م ٣٠٩) . وهو أمر كان الدائن لا يضمنه أساسا لنفسه •

(ب) الضــمان الاتفاقى :

٣٠٨ ــ للطرفين أن يخرجا على أحكام الضــمان القــانونى . اما بتخفيفه ، فيعفى المحال له المحيل من ضمان توابع الحــق مثلا ، أو حتى من ضمان وجود الحق نفسه (وهو أمر متصور فى الحوالات التى تنطوى على معنى المضاربة وهى الحوالات بحقوق متنازع فيها) : واما بتشديده ، حــين يتعهد المحيل بأن يضمن للمحال له يسار المدين . وعندئذ يتعين تفسيرمثل هــذا الاتفاق على أنه يقتصر على ضمان يسار المدين وقت الحوالة . ولا يمكن مده الى ضمان يسار المدين وقت حلول أجل الدين الا اذا اتفق على ذلك صراحة (م ٣٠٩/٢) •

حدود ما يرجع به المحال له عند تحقق الضمان :

٣٠٩ ــ اذا تعين ضمان المحيل (سواء كان الطرفان قــد تركا حدود هــذا الضمان لأحكام القانون . أم نظماه تنظيما مخالفا) فان أقصى ما يلتزم به ــ وفقا للمادة ٣١٠ ــ هو أن يرد للمحال له ما تقاضاه منه من مقابل للحوالة ،مضافا اليه الفوائد والمصاريف • ولا يجــوز

ـ والنص متعلق بالنظام العام ـ الزام المحيل بأن يدفع للمحال له قيمة الحق المحـال به ان كانت أكثر من ذلك . ويجد هـذا التحديد حكمته . فى أنه لولاه لسهل على المرابين أن يستغلوا حاجـة أصحاب الحقوق المتنازع فيها الى المـال . فيقرضونهم مبالغ أقل منها فى مقابل حوالة هـذه الحقوق لهم . وهم فى مأمن ان لم يحصلوا عليها من المحال عليهم فسيكون لهم الرجوع بها كاملة على المحيلين . فيكون الفـرق فى الحقيقة ليس الا فوائد ربوية .

الفصل الثانى

حوالة الدين (1)

Cession de dette

تعـريف ، وتقسيم :

٣١٠ ـ حوالة الدين هى اتفاق الدائن أو المدين ، مع شخص آخر ، على الحلول محل المدين فى ذات الدين . ومن هـذا التعريف يتضح أن حوالة الدين تنعقد بطريقتين مختلفتين : اما باتفـاق المدين الجديد مع الدائن (م ٣٢١) . أو باتفاقه مع المدين القديم (م ٣١٥) . وينعكس الاختلاف فى طريقتى الانعقاد على أحكام الحوالة وما ترتبه من آثار . ومن ثم نوزع الدراسة فى هـذا الفصل على مبحثين حسب طريقة انعقاد الحوالة ، بادئين بحوالة الدين بالاتفاق مع المدين الأصلى بحسبانها ـ فى ذهن المشرع ـ الطريقة الطبيعية لحوالة الدين .

المبحث الأول

حوالة الدين باتفاق المدين الأصلى والمدين الجديد

شروط انعقادها :

٣١١ ـ تنعقد حوالة الدين ـ فى هـذه الصورة ـ باتفـاق المدين القديم مع المحال عليه : على أن يتحمل ذات الدين بدلا منه . وهو ما يفترض ضرورة اتجاه ارادة المتعاقدين ـ بالحوالة ـ الى ابراء المدين القديم من الدين . ولمـا كانت حوالة الدين عقـدا ، وجب أن تكون مستوفية لجميع أركان العقد وشروط صحته . حـين لا يعتبر

---

(1) راجع ، فى هذا الموضوع ، بوجه خاص : د. عبد الودود يحيى ، حوالة الدين . دراسة مقارنة فى الشريعـة الاسلامية والقانون الألمـانى والمصرى ، رسالة القاهرة ١٩٥٧ طبعة ١٩٦٠ ، محمد عباس السامرائى : انتقال الالتزام بين الأحياء فى الفقه الاسلامى والقـانون المقارن ، رسالة جامعة الأزهر (كليـة الشريعة والقانون) ١٩٧٦ .

رضاء الدائن بهـذه الحوالة ركنا لانعقادها ، وان كان هـذا الرضاء ــ على ما سنرى ــ لازما حتما لنفاذ الحوالة فى مواجهته .

آثار حوالة الدين :

٣١٢ ــ ترتب حـوالة الدين ، فى الفترة ما قبل تحديد الدائن موقفه منها ، آثارا تختلف عنها فى الفترة ما بعد هـذا التحديد ، وذلك على التفصيل التالى :

اولا : آثار الحوالة فى الفترة ما قبل تحديد الدائن موقفه منها :

٣١٣ ــ بدهى أنه يظل من حق الدائن ، فى هـذه الفترة أن يعتبر شخص مدينه الأصلى كما هـو ، لم يطرأ عليه أى تغيير رغـم الحوالة ، وأن يرجع ــ بالتالى ــ على هذا المدين عند حلول أجل الدين .

أما فى العلاقة بين المدين الأصلى والمدين الجديد ، فقد انعقدت الحوالة بالفعل بمجرد تراضيهما المتبادل . وتتحدد آثارها فى مواجهتهما وفق ما اتفقا عليه فى العقد ، بل ويظل من حقهما خلال هـذه الفترة التعديل فى هـذا الاتفاق أو حتى أن يلغياه كلية .

٣١٤ ــ ومن حيث الأصل ، يترتب على انعقـاد الحوالة بين طرفيها فى هـذه الفترة التزام المحال عليه قبل المدين الأصلى « بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب » (م ٣١٧) . أو بتعبير آخر ، وقت حلول الدين . فهو لا يكون ملتزما بأن يبرىء ذمة مدينه فى مواجهة دائنـه « فور الوقت » أى فور انعقاد الحوالة .

وبدهى : أنه ــ تطبيقا لفكرة الدفع بعدم التنفيذ « لا يجـوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » (٣١٧/٢) .

فاذا كانت الحوالة بين طرفيها تنفيذا من جانب المحال عليه لالتزام كان عليه فى مواجهة المدين الأصلى ، انقضى هـذا الالتزام ؛ اذ تؤدى

الحوالة فور انعقادها . دور الوفاء ؛ بحيث اذا رجع الدائن على مدينه الأصلى فأوفاه هـذا الأخير رغـم الحوالة لم يكن للمـدين الأصلى — فى رجوعه على المحال عليه — الا أن يرجـع بدعوى الاثراء . دون الدعوى التى كانت تحمى علاقته القانونية بالمحال عليه قبل الحوالة ؛ فالفرض أن هـذه الأخيرة قـد قضت على هـذه العلاقة . ومثال ذلك أن يبيع المدين شيئا الى مشترى ؛ وبدلا من أن يتقاضى منه الثمن . يتفق معه على أن يحل محله فى دين هـذا البائع فى مواجهة دائن له . عندئذ اذا رجع الدائن على البائع وأوفاه بالدين رغم الحوالة ؛ لم يكن من حق هـذا الأخير أن يرجع على المحال عليه (المشترى) بدعوى البائع . وانما بدعوى الاثراء .

٣١٥ — ولمـا كانت الحوالة قبل تحديد الدائن موقفه منهـا . ملكا لطرفيها ؛ كان لهما أن يتفقـا على آثار تخالف ما ورد عليه نص المـادة ٣١٧/١ . فقد يتفقا على الزام المحال عليه بالحصول على رضاء الدائن بالحوالة وقـد يعلقا آثار الحوالة بينهما على اقرار الدائن لها .

ثانيا : آثار الحوالة فيما بعد تحديد الدائن موقفه منها :

٣١٦ — يتحـدد موقف الدائن من الحوالة ؛ اما باقراره لهـا أو برفضه اياها :

(أ) فى حالة الاقـرار :

*** ضرورة الاقرار وشروطه :**

٣١٧ — اذا كانت الحوالة تنعقد باتفاق طرفيها ، على التحديد السابق الا أنها بداهة لا يمكن أن تنفذ فى مواجهة الدائن الا باقراره لها (م ٣١٦) [1] . وفى هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . وأساس هـذا الفارق غنى عن البيان ما دام أن تغيير المدين على دائنـه من

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٩ ص ٦١ ؛ نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة ٢٩ — ٢٠٤ — ١٠٣١ .

الخطورة . لما بين المدينين من تفاوت فى اليسار . وفى جبن القضاء والمطل (١) ، حين أنه قد لا يكون بذى شأن للمدين فى حوالة الحق أن يفى بدينه لهذا الدائن أوذاك ، وبدعى أن يكون للدائن حرية قبول الحوالة أو رفضها ، وقد حذف من المشروع التمهيدى — ولاعتبارات عملية — نص كان بموجبه لا يجوز للدائن أن يرفض الاقرار اذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء والا كان متعسفا فى استعمال حقه .

٣١٨ — والاقرار تصرف قانونى من جانب الدائن يفيد موافقته على الحوالة وقبول نفاذ آثارها فى حقه ، ولا يستلزم فيه القانون شكلا معينا ، فقد يكون صريحا أو ضمنيا ، وهو حق للدائن بمجرد علمه بالحوالة من أى طريق ، ولو لم يكن قد أعلن بها . حيث لا يستلزم القانون هذا الاعلان ، وهو يوجه الى أى من طرفى الحوالة ، بصرف النظر عن شخص من أعلن الدائن بها .

غير أنه يتعين أن يقر الدائن الحوالة جملة أو يرفضها ، أما الاقرار المشروط ، أو الذى يتضمن تعديلا فى شروط الحوالة وفق ما أعلنت به الى الدائن . فانه يعتبر رفضا لها .

ولما كانت للدائن حرية القبول فى أى وقت . وكانت مصلحة طرفى الحوالة قد تقتضى — على العكس — التعجيل بتحديد الدائن موقفه منها فى بعض الفروض ، فقد أجاز المشرع لأى من طرفى الحوالة أن يعلن الدائن بها وأن يعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، فاذا « انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » م ٣١٦ — ٢ (ومع ذلك راجع الاستثناء المقرر بالمادة

---

(١) وتعبيرا عن هذا المعنى يقول جوجلار (بند ١٢٧٧) :

«La créance vaut ce que vaut le dèpiteur»

وانظر — بوجه عام — فى خطورة حوالة الدين : تعليق لاروميه (د. ١٩٧٣ — ١ — ١٦) سابق الاشارة اليه .

٣٢٢ ـ ٢ لحالة بيع العقار المرهون حين يتفق البائع مع المشترى على حوالة الدين المضمون بالرهن • فاذا أعلن الدائن رسميا بهذه الحوالة وجب عليه أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته اقرارا) •

*** آثار الاقــرار :**

٣١٩ ـ اذا أقر الدائن الحوالة . ترتبت على اقراره عدة آثار ، فى علاقته بكل من المدين الأصلى والمدين الجديد • كما يؤثر أيضا فى العلاقة بين المدين القديم والجديد . وذلك على التفصيل التالى :

١ ـ اثر الاقرار فى العلاقة بين الدائن والمدين القــديم :

٣٢٠ ـ يتلخص هذا الأثر فى : براءة ذمة المدين الأصلى من ناحية : والتزامه بضمان يسار المحال عليه من ناحية أخرى ، وبقــاء التأمينات التى كان قد قدمها كضمان للدين •

*** براءة ذمة المدين :**

٣٢١ ـ ان أبرز الآثار التى تترتب على اقرار الدائن للحوالة هو براءة ذمة المدين الأصلى من الدين : براءة نهائية ، حيث يحل المدين الجديد فى الدين محــل المدين الأصلى • حتى اذا ما رجع الدائن على المحال عليه فوجده عند حلول أجل الوفاء معسرا ، لم يعد من حقه أن يرجع مرة أخرى على المدين القديم الذى برئت ذمته •

هذه البراءة تتم بقــوة القانون دون حاجة الى أن يصرح الدائن فى اقراره بأنه قصد بقبوله الحوالة أن يتخلى عن مدينه الأصلى • كما أنها ترجع الى التاريخ الذى انعقدت فيه الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد ، لا الى وقت اقرار الدائن للحوالة • فمنذ هذا التاريخ يعتبر المدين الجديد هو الملتزم بالدين وحده فى مواجهة الدائن•

* **ضـــمان اليسار :**

٣٢٢ — وكان مؤدى براءة ذمة المدين الأصلى من الدين باقرار الدائن للحوالة وبأثر رجعى منذ تاريخ انعقاد هذه الحوالة بين المدين القديم والجديد ، ألا يضمن المدين الأصلى للدائن يسار المحال عليه . لا وقت الحوالة ولا وقت الاقرار ولا وقت الوفاء ، خاصة وأن الدائن كان حرا فى قبوله الحوالة أو رفضها ، وكان له كما يشاء — أن يقـــدر مدى يسار المحـــال عليه . ليقـــرر بعد ذلك ما اذا كان قبول الحوالة مناسبا أم لا .

غير أنه يبـــدو أن المشرع كان لا يزال متأثرا بما كان يتضـــمنه المشروع التمهيدى من اجبار الدائن على اقرار الحوالة متى كان حقـــه بعدها مكفول الوفاء ، فقد كانت ضرورة حماية الدائن المجبر على قبول الاقرار ، تبرر الزام المدين الأصلى بضمان يسار من اختاره ليحل محله فى الوفاء للدائن ، أما وقد حذف هذا الاجبار ، وأصبح الدائن حـــرا فى قبول الحوالة أو رفضها . فان الزام المدين الأصلى بضـــمان يسار المحال عليه . انما يتنافى مع الأثر المبرىء للحوالة . متى قبلها الدائن . ومع ذلك فقد قضت المـــادة ٣١٩ بأنه « يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة . ما لم يتفق على غير ذلك » .

وهكذا يمكن القول . بأن المشرع — بهذا النص — قد عطل الأثر المبرىء للحوالة أو جعله موقوفا على يسار المحال عليه وقت اقـــرار الدائن ، ذلك أنه اذا ثبت أن المحال عليه لم يكن موسرا وقت الاقرار ، كان للدائن رغم قبوله الحوالة ، أن يرجع على المدين الأصلى .

* **بقـــــاء التامينات :**

٣٢٣ — تقضى المـــادة ٣١٨ — ١ بأنه « تبقى للدين المحال به ضماناته » ، وهذا النص ليس الا اعمالا لجوهر حوالة الدين بحسبانها

اتفاقا يتغير بموجبه شخص المدين ، ليحل محله مدين جديد فى ذات الدين بكل ضماناته •

ومتى كان ذلك : فان الرهن المقــدم من المدين الأصلى كضـــمان للدين انمــا يبقى بعد اقرار الدائن للحــوالة • ليصبح المدين الذى برئت ذمته بموجب هــذا الاقرار فى مركز الكفيل العينى للدين الذى انتقل الى المحال عليه •

أما الكفلاء (شخصية كانت الكفالة أو عينية) الذين ضمنوا شخص المدين الأصلى ، فانهم لا يلتزمون ـــ بداهة ـــ اذا أقــر الدائن الحوالة فحل بهــذا الشكل مدين جديد محل من ضمنوه . بكفالة هــذا المدين الجديد اللهم الا اذا قبلوا ذلك • وقد حرص المشرع على ابراز هــذا المعنى صراحة كاستثناء على فكرة بقــاء ضمانات الدين المحال ، حين نصت الفقرة الثانية من نفس نص المــادة ٣١٨ على أنه « ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة » •

٢ ــ اثر الاقرار فى العلاقة بين الدائن والمدين الجديد :

٣٢٤ ــ يترتب على اقرار الدائن للحوالة أن يحل المدين الجديد محل المدين القديم فى الدين ، ويتحمله بدلا منه . ليس من وقت الاقرار وانما من وقت ابرام الحوالة ، فتلك هى التكملة المنطقيــة لبراءة ذمة المدين الأصلى باقرار الدائن للحوالة .

ويحل المدين الجديد فى الدين بالحالة التى كان عليها وقت الحوالة بنفس طبيعته وأوصافه وتوابعه • وقد سبق أن ذكرنا أن الحـــوالة لا تؤثر من حيث الأصل ـــ على الضمانات التى كانت تضــمن الدين الأصلى • وبناء عليه : فاذا كان الضمان الذى يضمن الدين فى أصله هو رهن قدمه نفس المحال عليه قبل الحوالة ، فان قبوله تحمل الدين بدلا من المدين بنــاء على الحوالة . يفيد بالضرورة رضاءه ببقاء ما سبق

أن قدمه من تأمين وذلك دون حاجة الى اصدار رضاء جديد بذلك • فقد قبل منذ البداية أن يضمن بهذا الرهن دين غيره . فأولى به أن يضمن بذات الرهن دين نفسه •

٣٢٥ — أما أهم ما يترتب على اقرار الدائن للحوالة فهو أحقية المدين الجديد فى التمسك بالعديد من الدفوع فى مواجهة الدائن • ويمكن تقسيم هذه الدفوع الى ثلاث مجموعات على النحو التالى :

*** دفوع المدين الأصلى :**

٣٥٦ — يستطيع المدين الجديد — أولا — أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفوع التى تولدت عن العلاقة القانونية بين الدائن والمدين الأصلى (م ٣٢٠) منذ نشأة هذه العلاقة وحتى وقت انعقاد الحوالة ؛ والتى كان المدين الأصلى سيتمسك بها لو لم تتم الحوالة ، ما دامت هذه الدفوع متعلقة بالدين المحال به ، لا بشخص هذا المدين [١] • فله . أن يدفع فى مواجهته بكل ما كان ليبرر للمدين الأصلى رفض الوفاء بالدين : (كانقضاء هذا الأخير بالتقادم ، أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبى ، أو بعدم تنفيذ الدائن نفسه لما هو ملتزم به نحو المدين الأصلى) • انما لا يستطيع المحال عليه — بداهة — أن يدفع مطالبة الدائن بانقضاء حق هذا الأخير بالمقاصة بينه وبين دين نشأ على عاتق هذا الدائن لمدينه الأصلى ، لعدم امكان وقوع هذه المقاصة بانتفاء التقابل بين الدينين ؛ ما دام أن حوالة الدين سوف يترتب عليها براءة ذمة المدين الأصلى • هذا فضلا عن أن القول بالعكس سوف يجعل المحال عليه يبرأ من التزامه فى مواجهة الدائن على حساب المدين الأصلى • ذلك أن ذمة هذا الأخير لم تبرأ فى مواجهة الدائن الا بمقابل الحوالة ؛ فليس من العدل اذن أن نسقط ما نشأ له بعد ذلك من حق فى مواجهة الدائن الأصلى • انما يمكن للمحال عليه — بداهة — أن يدفع مطالبة الدائن بمقاصة تقع بين حق الدائن ودين نشأ على عاتق هذا الأخير للمحال عليه نفسه •

---

(١) انظر فى هذا المعنى د. عبد المنعم البدراوى بند ٢٩٧ .

كذلك لا يستطيع المحال عليه . أن يتمسك فى مواجهة الدائن بنقص أهليــة المدين الأصلى . ولا بالعيوب التى شــابت رضاءه فى علاقته القانونية بالدائن ، متى كان المدين وقت ابرام الحوالة مع المحال عليه قــد اكتملت أهليته . أو أصبح على بينة بما كان يشوب رضــاءه من عيب . ذلك لأن أقدامه على ابرام الحوالة ، رغم علمه بأن من حقــه ابطال العلاقة التى ولدت الدين بينه وبين الدائن ، يتضمن معنى النزول الضمنى من جانبه عن حقه فى الابطال .

*** الدفوع المستمدة من عقد الحوالة :**

٣٢٧ — كذلك يستطيع المحال عليه ، أن يدفع فى مواجهة الدائن بالدفوع المستمد من نفس عقد الحوالة (م ٣٢٠) [١] .

فاذا كان هــذا العقد — على سبيل المثال — قابلا للابطال لمصلحة المحال عليه ، ثم تمسك هذا الأخير فى مواجهة المدين الأصلى بالابطال وأبطل العقد ، كان للمحال عليه أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بأن عقد الحوالة قــد تقرر ابطاله .

ويبــدو من عمومية نص المــادة ٣٢٠ التى تقضى بأحقية المحال عليه فى « التمسك بالدفوع المستمدة من عقــد الحوالة » ، أن المدين الجديد يستطيع — حتى ولو لم يكن قــد طلب تقرير البطلان المقرر لمصلحته فى علاقته بالمدين الأصلى — أن يدفع فى مواجهة الدائن بمــا يشوب العقد من عيوب ، حتى ولو كان الدائن لم يتصل بهذه العيوب [٢] ، حين يرى البعض من الشراح — على العكس — أن مؤدى اعتبار الدائن — باقراره — قــد اشترك فى الحــوالة التى تمت بين المدين الأصلى

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٧٢ ص ٨٧١ .

(٢) وهذا هو ما يفهم ايضا من تعبيرات الفقه ، العامة ، فى هــــذا الشأن : انظر مثلا : د. السنهورى ج ٣ بنــد ٣٣٦ ، د. سليمان مرقس بنــد ٨١٢ ، د. أنور سلطان بنــد ٣٥١ ، د. إسماعيل غانم بند ٢٠٨ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى بنــد ٢٤٥ ، د. عبد المنعم فرج الصدة بنـــد ١٢٩ ، د. شمس الدين الوكيل ص ٢٧٧ ، د. محمود جمال الدين زكى بنــد ٥٤٤ ، د. جميل الشرقاوى بنــد ٨٢ .

والمدين الجديد . ضرورة أن يكون الدائن قــد اتصل بما يشوب العقد من عيب والا وجب على المدين الجديد أن يطلب تقرير البطلان أولا فى مواجهة المدين الأصلى ثم يدفع بالحكم الصــادر به فى مواجهــة الدائن (١) •

ويبقى أن ننوه فى هــذا الصدد الى أنه اذا كان عقــد الحوالة باطلا بطلانا مطلقا بين طرفيه فان الدائن لا يمكنه ــ ابتداء ــ أن يقر هــذه الحوالة اقرارا يجعلها نافذة فى حق المحال عليه •

*** الدفوع المستمدة من العلاقة السابقــة التى كانت تربط المدين الأصلى بالمدين الجــديد :**

٣٢٨ ــ الأصل أن المدين الجديد . لا يمكنه أن يتمسك ــ فى مواجهة الدائن ــ بالدفوع التى تستمد من علاقة سابقة كانت تربط بينه وبين المدين القديم قبل الحوالة اذ لا شأن للدائن بهذه العلاقة السابقة التى يظل ــ حتى مع اقراره للحوالة أجنبيا عنها •

انما اذا كانت هــذه العلاقة السابقة هى سبب ابرام الحوالة بين المدين القديم والمدين الجديد ، وكان الدائن يعلم بذلك ، جاز للمدين الجديد أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما ينشأ عن هــذه العلاقة من دفــوع • ومثال ذلك : أن يبيع المدين شيئا لمشترى ، وبدلا من أن يتقاضى منه الثمن يحيل عليه دينه فى مواجهة الدائن • عندئذ يكون عقد البيع هــو سبب حوالة الدين • فاذا كان الدائن يعلم بذلك ثم فسخ هــذا البيع لاخلال البائع بالتزامه ، كان للمحال عليه (المشترى) أن يتمسك بهذا الفسخ فى مواجهة الدائن اذا رجع عليه ؛ اذ من شأن هــذا الفسخ اهدار سبب التزام المحال عليه بالوفاء بالدين للدائن •

٣ ــ اثر الاقرار فى العلاقة بين المدين الأصلى والمدين الجديد :

٣٢٩ ــ ملخص ما يترتب على اقرار الدائن فى العلاقة بين طرفى الحوالة : هــو براءة ذمة المدين الأصلى ، وتحمل المحال عليه بالدين

---

(١) انظر فى هذا المعنى : د. عبد الودود يحيى بند ١٤٢ .

بدلا منه . وذلك من وقت ابرام الحوالة • كما أنه — منذ الاقرار — لا يعد بامكان طرفى الحوالة — وقد تعلق بها حق الدائن — أن يعدلا عنها • انما يجوز للمحال عليه . اذا كان عقد الحوالة باطلا أو قابلا للابطال أن يطلب تقرير ذلك فى مواجهة المدين الأصلى • وقد سبق أن بينا أثر كل من بطلان هذه العلاقة أو ابطالها على حق الدائن •

(ب) فى حالة رفض الحوالة :

٣٣٠ — بعد حذف ما كان قد ورد النص عليه فى المشروع التمهيدى من عدم جواز رفض الدائن للحوالة ، متى كان حقه بعدها مكفول الوفاء ، أصبح من حق هذا الأخير أن يرفض الحوالة دون قيد ولا شرط •

٣٣١ — ولا يعدو الرفض — كالاقرار — أن يكون بدوره تصرفا قانونيا تتجه به ارادة الدائن الى عدم قبول آثار الحوالة • وهو يرتب أثرا نهائيا ، فلا يجوز بعده للدائن أن يعود الى اقرار الحوالة من جديد •

ولا يشترط القانون شكلا معينا لهذا الرفض ، الذى يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا • وقد يستفاد من سكوت الدائن حتى فوات المدة التى حددها له طرفا الحوالة ليعلن خلالها رأيه فيها • كما قد يكون الرفض حكميا اذا صدر اقرار الدائن للحوالة مشروطا أو مصحوبا بتعديل فى شروطها على ما سبق أن بيناه •

٣٣٢ — ويترتب على الرفض فى علاقة المدين الأصلى بدائنه ، أن تعتبر الحوالة كأن لم تكن فى مواجهة هذا الأخير الذى لا يمكنه — لذات السبب — أن يرجع على المحال عليه • حين أنه — بالمقابلة — لا أثر لهذا الرفض على عقد الحوالة الذى تم بين المدين الأصلى والمدين الجديد • فيبقى هذا الأخير — رغم الرفض — ملتزما فى مواجهة المدين الأصلى بأن يفى للدائن فى الوقت المناسب •

المبحث الثانى

حوالة الدين باتفاق الدائن مع المدين الجـــديد

شروط انعقاد الحوالة :

٣٣٣ — يمكن — بموجب المـادة ٣٢١ مدنى — أن تنعقـد حوالة الدين بالاتفاق مباشرة بين الدائن والمدين الجديد الذى يقبـل أن يتحمل الدين عن المدين القديم وذلك دون حاجة الى مشاركة المدين القديم فيها • بل انها يمكن أن تتم رغم ارادته (١) ، حيث أنها فى الواقع تتمحض لمنفعته وذلك لمـا تؤدى اليه من براء ذمته من الالتزام ، وحيث يجيز القانون — من ناحية أخرى — الوفاء بالدين من جانب الغير رغم معارضة المدين • كل ما فى الأمر ، أنه يلزم أن تكون نيـــة الطرفين قد اتجهت الى ابراء ذمة المدين القـــديم بحيث يكون الدائن قد قصـــد التخلى عن مدينه القـــديم . ويكون المدين الجديد قد قصد اخلاء ذمة هـــذا الأخير (٢) •

آثار هـــذه الحـــوالة :

٣٣٤ — يترتب على حوالة الدين — بهذه الصورة — براءة ذمة المدين الأصلى من وقت ابرام الحوالة . براءة نهائيـــة بحيث لا يملك طرفا الحوالة اعادة دين المدين الى الحياة مرة أخرى ولو ألغيا الحوالة أو رجعا فيها •

وكان مقتضى ذلك ، أن يزول الرهن الذى يكون المدين الأصلى قد قدمه ضمانا للدين ببراءة ذمة هذا المدين بموجب الحوالة • ومع

---

(١) انظـــر من تطبيقات القضاء المصرى فى هـــذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ .

(٢) وقـــد قضت محكمة النقض المصرية بجـــواز أن تنعقد هـــذه الحوالة باتفاق ضمنى بين الدائن والمحال عليه . واكدت ان استخلاص قيام هـــذا الاتفاق هو من سلطة محكمة الموضوع انظـــر حكم ١٩٧٦/٥/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٢٧ ص ١٢٤٠ .

ذلك فان عمومية نص المـادة ٣١٨ التى تقضى ببقاء التأمينات التى كانت تضمن الدين تؤدى الى القـول ببقاء المدين الأصلى هنا كفيلا عينيا للمدين الجديد ، فيضمن الدين بهذا الشكل رغم ارادته •

٣٣٥ — أما فى العلاقة بين الدائن ومدينه الجديد ، فان هـذا الأخير يصبح مسؤولا عن الدين فى مواجهة الأول منذ ابرام الحوالة • ويعتبر قبول المدين الجديد لهـذه الحوالة ، موافقة ضمنية على بقـاء التأمينات التى يكون قد قدمها لضمان الدين قبل الحوالة • كما يكون من حق المدين الجديد أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفوع التى كان يمكن للمدين الأصلى أن يتمسـك بها ، بما فى ذلك الدفوع التى تستند الى نقص أهليـة المدين الأصلى أو عيوب رضائه • كما أن له — بداهة — أن يتمسـك بالعيـوب التى تشوب عقد الحوالة فى علاقته بالدائن • أما الدفوع التى تستند الى العلاقة السابقة التى كانت تربط المدين الأصلى بالمدين الجديد فان هذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بها فى مواجهة الدائن ، الذى يظل رغم الحوالة أجنبيا عنها •

٣٣٦ — ويبقى فى النهـاية أن نشير الى أن المدين الأصلى فى هـذه الصورة من صور الحوالة ، لا يلتزم بضمان يسار المحال عليه • فهو لم يختره وانمـا اختاره الدائن ، الذى يتعين أن يتحمل مخاطر اختياره •

الباب الثالث

انتقال الالتزام

تمهيـــد :

اسباب انقضاء الالتزام :

٣٣٧ ــ لعل من أهم ما يتميز به الالتزام (أو الحق الشخصى) ، أن الرابطة القانونية التى ينشأ عنهـا مصيرها الحتمى الى الزوال ، اذ لا يعقل أن يظل كاهل المدين مثقلا بعبء الالتزام الى ما لا نهاية ، والا كان فى ذلك مصادرة لحريته الشخصية بمـا يجعل من الالتزام نفسه أمرا غير مشروع • لذلك كان من المفهوم أن يهتم المشرع بتفصيل أسباب انقضاء الالتزام • هذه الأسباب يمكن تصنيفها فى ثلاث طوائف :

فقد ينقضى الالتزام بالطريق الطبيعى ، حين يقوم المدين بتنفيذ التزامه عينا . وهذا ما يسمى بالوفاء • وقـد ينقضى الالتزام بطريق آخر يقوم مقام الطريق الطبيعى ، أو بعبارة أخرى ، بما يقوم مقـام الوفاء : كالوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة • وقـد ينقضى على نحو غير طبيعى ، حين لا يحصل الدائن على أى وفاء ، كما فى حالة الابراء ، أو استحالة التنفيذ ، أو التقادم المسقط •

تقســـيم :

وهكذا نوزع الدراسة فى هـذا الباب على ثلاثة فصول : نخصص الأول منها لانقضاء الالتزام بالوفاء • لنجعل الثانى لانقضاء الالتزام بمـا يعادل الوفاء : على حين نكرس الثالث لانقضـاء الالتزام دون الوفاء به •

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء (Le Paiement)

تعريف الوفاء ، وتكييفه ، ونوعاه :

٣٣٨ ـ الوفاء هو تأدية المدين لذات ما التزم به ، أيا كان محل هـذا الالتزام . وهو في الواقع الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام . ما دام أن الدائن يحصل من مدينه على ذات ما كان ينتظره منه بموجب الرابطة القانونية التي ولدت هـذا الالتزام .

٣٣٩ ـ والرأي الغالب في الفقـه أن الوفاء تصرف قانوني ينعقد بإرادتي الموفي والدائن . أو هو بعبارة أخرى اتفاق على تنفيذ الالتزام يكون ـ أي هـذا الاتفاق ـ مصحوبا بعمل مادي يقتضيه هـذا التنفيذ [1] : كتسليم شيء مثلا أو أداء عمل أو امتناع عن عمل . وقد رأى فيه الدكتور السنهوري . تبعا لذلك . « واقعة مختلطة » [2] ، حيث « يجمع بين التنفيذ المـادي للالتزام وبين الاتفاق على قضـاء

---

(١) من هذا الاتجاه : مارتي ورينو بنـد ٥٥٣ ؛ كاربونييه بند ١٢٨ ص ٤٦٩ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير بند ٢٨١ . جـ ـ شيفالييه ؛ بيدان ولاجارد ، جـ ـ مارتان دي لاموت اشـار اليهم مارتي ورينو ص ٦٠٠ هامش ٢ ؛

PIERRARD (Marie — jeanne) : Les Procédés de Preuve du Paiement. Rev. trim. 1948 P. 429 et S, Spéc. No 18 et. S.

وفي الفقـه المصري : د. السنهوري جـ ٣ بند ٣٥٧ ، د. ابو ستيت بند ٧٤٥ (وهو يحلل مضـمون ارادة الدائن ـ في توافق الارادتين على الوفاء ـ في قصده اعفاء المدين من الالتزام بعد ان يتحقق ـ اي الدائن ـ من توافر سائر الشروط في الموفى به . والحقيقة انه عندما تتوافر هـذه الشروط فان اعفاء المدين من الالتزام يترتب بقوة القانون ، او بعبارة اخرى بنـاء على ارادة المشرع وليس على ارادة الدائن) .

وانظر ـ مع ذلك ـ الملاحظات الانتقادية على هذا الاتجاه : لـ :

LOUSSOUARN : La condition de l'erreur du Solvens dans la répétition de l'indu. Rev. trim. 1949 P. 212 et S. No 9.

(٢) في هذا المعنى أيضا : كاربونييه بند ١٢٨ ص ٤٦٩ .

الدين » وان غلب الاتفاق (أى التصرف القانونى) فيه : بما مكنه ؛ من ثم ؛ أن ينعته « بالتصرف العينى « acte juridique reél » »[1] .

وعلى العكس من هـذا الاتجاه : يرى البعض فى الوفاء « مجرد تنفيذ لالتزام سابق عليه . ومتى كان تام المطابقة له يتعذر أن يستلزم التراضى لوقوعه . اذ لا يمكن للدائن رفضه . وما دام لا يمكنه رفضه يصبح رضاؤه به عدم الأثر قانونا فلا تتوقف عليه صحته »[2] .

ولم يشأ جانب ثالث من الشراح أن يعطوا للوفاء تكييفا قانونيا واحدا ، حيث يختلف هـذا التكييف — عندهم — باختلاف الأحوال .

وعماد هـذا الاختلاف — عند بعض أنصار هـذا الاتجاه ، هو مضمون محل الالتزام الواجب الوفاء به : فاذا كان هـذا المحل يتمثل فى القيام بعمـل مادى أو امتناع عن عمل : كان الوفاء به مجرد عمل مادى أيضا : ايجابى أو سلبى . أما اذا كان هـذا المحل يتمثل فى اعطاء شىء : أى نقل حق عينى على شىء : انطوى الوفاء — الى جانب الواقعة المـادية — على تصرف قانونى يستلزم رضاء الموفى والدائن بنقـل هـذا الحق العينى من الأول للثانى[3] . فيما أن عماد هـذا الاختلاف عند البعض الآخر هو ما اذا كان الدائن قـد قبل الوفاء الذى عرضه عليه المدين أو رفضه مما اضطر هـذا الأخير الى الايداع ، حين يكون الوفاء تصرفا قانونيا . يأخذ صـورة العقد فى الحالة الأولى وصورة الارادة المنفردة (ارادة المدين) فى الحالة الثانية[4] .

---

(١) د. السنهورى ج ٣ بنـد ٣٥٧ . وراجع فى تفاصيل هذا الرأى : البنود من ٣٥٨ — ٣٦٢ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى بنـد ٥٤٨ : وفى نفس المعنى :
CATALA (Nicole) : La nature juridique du Payement. **Thèse Paris 1960 éd. 1961.**

(٣) من هـذا الاتجـاه : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بنـد ٨١٤ . د. عبد الفتاح عبد الباقى بنـد ٢٤٩ .

(٤) من هـذا الاتجـاه : د. عبد المنعم فرج الصدة بنـد ١٤١ . د. عبد الودود يحيى بنـد ٤٠٧ .

ونعتقــد من جانبنا : أن الوفاء تصرف قانونى : ما دام يتمثل فى ارادة تتجه الى ترتيب أثر قانونى : هى ارادة الموفى الذى يقصــد بالوفاء القضــاء على التزام سابق . لكننا لا نرى فى هــذا التصرف القانونى ما يأخذ صورة الاتفاق بين الموفى والدائن : خصوصا اذا كان الالتزام الذى يراد الوفاء به قــد نشأ عن عقد . اذ من غير المنطقى — فى اعتقادنا — أن ينشأ الالتزام بعقد . ثم يحتاج الوفاء به الى عقد آخر ، حين أن الأثر الوحيد للالتزام الذى نشأ هو وجوب تنفيذه . هذا الى جانب ما هو مسلم به من امكان أن يفى المدين رغما عن الدائن من طريق اجراءات العرض والايداع كما سنرى .

وهكذا نفضل أن نرى فى الوفاء تصرفا قانونيــا انفراديا [1] . أو هــو بعبارة أخــرى ارادة منفردة من جانب الموفى ، تأخذ — فى تنفيذها — مظهر العمل المــادى . وفضلا عن ضرورة استيفاء هــذه الارادة لجميع أركان وشروط صحة التصرف القانونى بوجــه عام ، يلزم — حتى ترتب الأثر الذى تتجه اليه وهو — كما قلنا — القضــاء على الالتزام : أن تكون تامة المطابقة له . حين لا يعدو تسلم الدائن ما يقدمه له الموفى وفاء لهذا الالتزام وعدم اعتراضه عليه : أن يكون قرينة على توافر هــذا الشرط الخاص : أو بعبارة أخرى قرينة على توافر هــذه المطابقة ومن ثم على صــحة الوفاء . فاذا ادعى الدائن عكس ذلك وقع عليه هو عبء اثبات عدم صحة هــذا الوفاء [2] .

٣٤٠ — هــذا وقــد يقع الوفاء بسيطا ، حين يتم من جانب المدين نفسه أو من نائبه . فينقضى حق الدائن وتبرأ فى ذات الوقت ذمة المدين . غير أن حق الدائن قــد ينقضى بالوفاء مع بقاء ذمة المدين مشغولة بالدين ، وذلك حــين يتم الوفاء من جانب شخص آخر غير

---

(١) فى هذا المعنى ايضا : جـ — اندريولى ؛ اشار اليه مارتى ورينو ص ٦٠٠ هامش ١ ؛ دى باج . اشار اليه د. أبو ستيت ص٥٦٦ هامش ١ ؛ وقرب د. عبد المنعم البدراوى بند ٣٠١ .

(٢) ويأخذ بهــذا التحديد ايضــا بيدان ولاجارد (وان كانا يرون فى الوفاء اتفاقا) اشار اليهما د. السنهورى جـ ٣ ص ٦٣٦ هامش ٢ .

المدين ، هـــذا الشخص الذى يرجع بعد ذلك بما أوفى على هذا المدين .
حالا محل الدائن • فلا يعتبر من ثم مثل هــذا الوفاء وفاء بسيطا .
ما دام أنه لا يخلى ذمــة المدين • ويسمى هــذا النوع من الوفاء .
بالوفاء مع الحلول•

تقســـيم :

ونوزع الدراسة فى هــذا الفصل على مبحثين : نعرض فى أولهما للأحكام العامة للوفاء ، لنخصص الثانى للوفاء مع الحلول •

المبحث الأول

الأحكام العــامة للوفاء

تقســيم :

نتناول فى هــذا المبحث الوفاء من حيث : طرفيه ، ومحــله ، وظروفه • ونخصص لكل من هــذه المسائل مطلبا مستقلا •

المطلب الأول

طــرفا الوفاء

٣٤١ — طرفا الوفاء هما الموفى والموفى له :

اولا : الموفــى :

(أ) الوفاء من جانب المدين او الغير :

٣٤٢ — الأصــل أن يكون الموفى هــو المدين باعتباره صاحب المصلحة الأولى فى اخلاء ذمته مما يثقلها من التزام • وهو يقوم بهذا الوفاء : اما بشخصه أو عن طريق وكيله • فاذا كان ناقص الأهلية أمكن أن يتم الوفاء عن طريق من ينوب عنه قانونا ، كالولى أو الوصى •

٣٤٣ — غير أن هــذا الأصل لا يمنع من امكان أن يتم الوفاء فى بعض الأحيــان من جانب شخص غير المدين ما دامت له مصلحة

فى سداد هـذا الدين • كمـا فى حالة ما اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين (كالمدين المتضـامن) ، أو ملزما بوفائه عنه (كالكفيل) • بل يتصور أيضا أن يقع الوفاء من الغير ولو لم تكن له مصلحة فيـه (كالفضولى) •

(ب) شروط صـحة الوفاء :

٣٤٤ — على أنه يشترط فى الموفى ، أيا كان شخصه ، أن يكون أهلا للتصرف فى الشىء محـل الوفاء • وأهلية التصرف — كما هـو معروف — تقتضى سن الرشد • فاذا وقـع الوفاء من ناقص الأهلية كان قابلا للابطال لمصلحته ما دام قـد لحقه ضرر منه • والغـالب — حين يكون الموفى هـو المدين نفسه — ألا يجد مصلحته فى ابطال الوفاء ما دام يترتب على هـذا الأخير اسقاط التزامه • انما يتصور — فى بعض الأحيان — أن يلحق الموفى ضرر من الوفاء • كما لو أوفى بدين مؤجل لمصلحته ، أو بشىء من صنف جيـد حـين أنه لم يلتزم الا بشىء من صنف متوسط • ففى هـذه الأحوال ، يمكنه أن يتمسك بابطال الوفاء •

كمـا يشترط — من ناحية أخرى — أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى يفى به والا وقع الوفاء قابلا للابطال قياسا على حكم بيع ملك الغير • ويجد هـذا الشرط تبريره فى أن الوفاء يترتب عليه نقل ملكية الشىء الى الدائن وهو ما يستحيل اذا كان الموفى غير مالك ، لأن فاقد الشىء لا يعطيه • وفى هـذا المعنى تقضى المـادة ٣٢٠ بأنه :

« ١ — يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى وفى به وأن يكون الموفى ذا أهلية للتصرف فيه •

٢ — ومع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف

فيه ينقضى به الالتزام اذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى »[1] •

(جـ) مدى حق الدائن فى عدم قبول الوفاء من الغير :

٣٤٥ — لكن اذا كان للمدين أو غيره أن يقوم بالوفاء : فهل يجبر الدائن على قبول الوفاء من جانب الغير فى كل الحالات ؟

بدهى أن من حـق الدائن أن يرفض الوفاء من الغير اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الالتزام أن يكون تنفيذه من جانب المدين شخصيا (م ٢٠٨) أما فى غير ذلك من الأحـوال : فاذا تم الوفاء من جانب الغير الذى له مصلحة فيه فانه — رعاية لهذه المصلحة — يتعين على الدائن أن يقبله حتى ولو اعترض المدين على هـذا الوفاء • أما اذا تم من أجنبى لا مصلحة له فيه ، فقد أجاز المشرع للدائن أن يرفض هذا الوفاء « اذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض » م ٢/٣٢٣ • فالأمر اذن جوازى للدائن فى هـذا الفرض الأخير[2] : فقـد يقبل هـذا الوفاء رغـم اعتراض المدين عليه : بل الغالب أنه سيقبله ما دام أن المدين لم يقم بنفسه بعرض الوفاء على الدائن •

---

(١) وفضلا عن هـذه الشروط يلزم — فى حالة الوفاء بالدين من جانب الغير — وحتى يبرىء مثل هذا الوفاء ذمة المدين فى مواجهة الدائن — أن تكون ارادة الموفى قـد اتجهت الى الوفاء بدين هـذا الغير . « أما اذا ظن أنه يدفع دينا على نفسه ، فلا يعتبر وفاء لدين غيره ، بل وفاء لدين غير مستحق ، فيجوز للموفى المطالبة باسترداده : اعمـالا لقاعدة دفـع غير المستحق » . انظر نقض مصرى ١٩٨٠/١/٢٨ المجموعة السـنة ٣١ ص ٣١٢ رقـم ٦٣ .

(٢) أما فى فرنسا ، فان المـادة ٢/١٢٣٦ مدنى تجيز ان يتم الوفاء من جانب الغير الذى ليست له مصلحة فيه ، حـين يكون الدائن مجبرا على قبول هـذا الوفاء ، ما دام ان الالتزام غير متعلق بشخص المدين . انظر فى هـذا المعنى ايضا : جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨٣٧ ؛ ستارك بنـد ٢٣٨٢ . وقـد قضى فى فرنسـا بأن الدائن لا يستطيع ان يرفض الوفاء من جانب الغير ، الا اذا اثبت ضررا يعود عليه من ذلك . انظر مثلا : نقض ١٩٥٣/٥/٢٩ (د. ١٩٥٣ — ٥١٦) ؛ محكمـة السـين المدنيـة ١٩٤٨/١/١٩ (د. ١٩٤٨ — ١ — ١٩٣٦) .

ويبدو أن المشرع قد قصد بالنص السابق ، أن يدرأ عن نفس المدين منة التفضل عليه من جانب الموفى غير ذى المصلحة فى الوفاء . فأعطاه فرصة الاعتراض عليه حتى يتسنى له السداد بنفسه . وان كان المشرع لم يمض فى هـذا الطريق الى نهايته ، ففضل مصلحة الدائن فى اقتضاء الحـق على هـذه الاعتبارات الأدبية فى جانب المدين ، والا لكان قـد ألزم الدائن عندئذ بعدم قبول هـذا الوفاء .

(د) رجـوع الموفى على المدين :

٣٤٦ — اذا لم يكن الغير الذى أوفى عن المدين قـد قصد التبرع له بما أوفاه ، كان من حقه أن يرجع بما أوفى على هـذا المدين .

ويتأسس هذا الرجوع : اما على فكرة الفضالة حين يكون الوفاء بغير علم المدين ، أو على فكرة الوكالة اذا أقـر المدين الوفاء بعـد حصـوله ، أو على فكرة الاثراء بلا سبب حين يتم الوفاء بالرغم من اعتراض المدين .

فاذا أوفى الغير للدائن دون علم المدين أو رغم معارضته تحمل هـو مخاطر هـذا الوفاء ، اذ لن يكون بامكانه أن يرجع على المدين — سواء تأسس رجوعه على فكرة الفضالة أو الاثراء — الا بمقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب هـذا الوفاء . وعليه يمكن للمدين أن يدفع دعوى الرجـوع بجميع الدفوع التى كان يمكنه أن يبديها فى علاقته بالدائن ، كبطلان العلاقة القانونية التى ولدت الالتزام أو انقضاء هذا الأخير كله أو بعضه لأى سبب من أسباب الانقضاء . وفى هذا المعنى تقضى المـادة ٣٢٤ بأنه :

« ١ — اذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعـه .

٢ — ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن

يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا ، اذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء » .

ثانيا : الموفى لـــه :

(ا) الوفاء للدائن :

٣٤٧ — الأصل أن يكون الوفاء للدائن . ويقصد بهذا الأخير من تثبت له صفة الدائنية وقت الوفاء . سواء كان هو نفس الشخص الذى ارتبط مع المدين فى العلاقة التى ولدت الالتزام أو شخص آخر خلف الدائن الأصـــلى خلافة عامة (كالوارث) أو خلافة خاصـــــة (كالمحال له) .

غـــير أنه يلزم أن يكون الموفى له كامل الأهليـــة . فاذا كان من يستحق الوفاء ناقص الأهلية وجب على الموفى أن يفى لنائبه القانونى . فان أوفى للقاصر ، وقع الوفاء قابلا للابطال لمصلحة هـــذا الأخير . فاذا كانت قد عادت عليه منفعة من هذا الوفاء وقع صحيحا بقدر هذه المنفعة.

غير أن الدائن قـــد ينيب عنـــه من يستوفى الدين ، فيقع الوفاء للنائب صحيحا مبرئا لذمة المدين . وقـــد جعل المشرع من التقـــدم بالمخالصة الصادرة من الدائن قرينة على وجود هذه النيابة بين الدائن وبين من يتقدم بهـــذه المخالصة فيقع الوفاء لهـــذا الأخير صحيحا . الا اذا كان قـــد صار الاتفاق بين الدائن والمدين مسبقا على استبعاد هـــذه القرينة حين يكون الدائن قـــد اشترط على مدينه أن يتم الوفاء له شخصيا .

(ب) الوفاء للغـــير :

٣٤٨ — فاذا وقع الوفاء لغير الدائن أو نائبه كان غير مبرىء لذمة المدين الذى يتعين عليه عندئذ أن يعيد الوفاء مرة أخرى .

ومع ذلك يكون الوفاء للغير صحيحا مبرئا لذمة المدين فى الحالات الاستثنائية التالية :

١ — اذا أقر الدائن هـذا الوفاء م ٣٣٣ [1] ، اذ بهذا الاقرار يأخـذ الموفى له صـفة النائب عن الدائن وذلك بأثر رجعى من يوم الوفاء [2] ، وعندئذ يتعين عليه أن يقدم حسابا للدائن شأنه فى ذلك شأن الوكيل ، الا اذا كان الدائن قـد قصد بهذا الاقرار أن يتبرع للموفى له بقيمة ما استوفاه .

٢ — اذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء للغير وبقدر هـذه المنفعة (م ٣٣٣) [3] كما لو أوفى المدين لدائن الدائن [4] .

٣ — اذا تم الوفاء بحسن نيـة لحائز الدين ، أو بعبارة أخرى للدائن الظاهر (م ٣٣٣) [5] . وهـذا الأخير هو شخص غير دائن حقيقـة ولكنه يظهر أمام الكافة على أنه الدائن الحقيقى : (كالوارث الظاهر [6] ، أو المحال له الحق بحوالة أبطلت [7] أو فسخت) . ورعاية لحسن نيـة الموفى ، الذى يعتقد مع الكافة أن من تلقى الوفاء هـو الدائن الحقيقى ، يقع هـذا الوفاء صحيحا مبرئا لذمة المدين [8] .

---

(١) فى هـذا المعنى أيضا نص المـادة ٢/١٢٣٩ مدنى فرنسى .

(٢) بما يمكن معـه القول بأن هـذا الفرض لا يعتبر — بدقة — استثناء على القاعدة السابقة . انظر فى هـذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨٣٣ .

(٣) فى هـذا المعنى أيضا نص المـادة ٢/١٢٣٩ مدنى فرنسى .

(٤) ويتأسس هـذا الحـكم لدى بعض الشراح على فكرة الاثراء بلا سبب ، فى معنى أنه لو كان للدائن فى هـذه الحالة أن يطالب المدين بالوفاء ، رغم أن دينـه هو فى مواجهة دائنه قـد انقضى بوفاء المدين لهذا الأخير ، فان الدائن فى هـذه الحالة يكون قـد اثرى على حساب مدينـه بلا سبب . انظر جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨٣٣ .

(٥) فى هـذا المعنى أيضا نص المـادة ١٢٤٠ مدنى فرنسى .

(٦) انظـر من تطبيقات القضـاء الفرنسى : استئناف كولمـار فى ١٨٥٠/١/١٨ (د. ١٨٥١ — ٢ — ١٦١) ؛ استئناف روان ١٨٧٠/٨/١٠ (د. ١٨٧٢ — ٥ — ٤٩ وتعليق لابيـه) .

(٧) انظـر من تطبيقـات القضـاء الفرنسى : نقض ١٨٤٧/١/٤ (د. ١٨٤٧ — ١ — ١٣٠) .

(٨) ومسألة مدى توافر حسن النية لدى الموفى هى من المسـائل التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع . انظر فى هـذا المعنى : نقض فرنسى (عرائض) ١٨٦٢/١/٢٧ (د. ١٨٦٢ — ١ — ٢٢٥) .

ويكون للدائن الحقيقى أن يرجع على الدائن الظاهر [1] : طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية باعتباره مخطئا فى استيفاء الدين ، خطأ ترتب عليه ضرر للدائن حيث برئت ذمة المدين : اذا كان الدائن الظاهر سىء النية يعلم أنه لا حق له فى استيفاء الدين ، أو بقواعد الاثراء على حساب الغير اذا كان الدائن الظاهر حسن النيـة •

٣٤٩ ــ على أن جواز الوفاء للغير فى بعض الحالات يقابله على النقيض حالة يمتنع فيها على المدين أن يفى بالدين للدائن • وذلك حين يوقع دائن هـذا الدائن حجزا على ما لهذا الأخير من دين لدى المدين (وهو ما يسمى بحجز ما للمدين لدى الغير) • اذ يترتب على هـذا الحجز حبس المـال المحجوز تحت يـد المدين (المحجوز لديه) لمصلحة الدائن الحاجز ، فاذا حكم بصحة الحجز تعين الوفاء بهذا المبلغ للدائن الحـاجز •

(جـ) امتناع الدائن عن قبول الوفاء (العرض الحقيقى والايداع) [2] :

٣٥٠ ــ ليس من المستبعد أن يتقدم المدين بالوفاء للدائن ، فيرفض هـذا الأخير قبول الوفاء ، اما دون مبرر تعنتا منه . أو لخلاف بينه وبين المدين حول ما يجب الوفاء به • وقـد يستلزم الوفاء ضرورة القيام بأعمال معينة يجب أن يشارك الدائن فيها ، فيمتنع عن هـذه المشاركة • وقـد يعلن الدائن ــ ابتداء ــ أنه لن يقبل الوفاء حين يتقدم به المدين •

وقـد كفل المشرع للمـدين امكانية التغلب على ممانعة الدائن فى مثل هـذه الأحوال ، حين خوله الحق فى أن يفى بارادته وحده ، متبعا طريقا يقال له طريق : العرض والايداع • (المواد من ٣٣٤ ــ

---

(١) فى هـذا المعنى : ستارك بنـد ٢٣٨٥ .

(٢) انظـر ، من تطبيقات القضـاء المصرى : نقض ١٩٧٥/١/١٦ المجموعة السنة ٢٦ ص ١٨٧ رقم ٤٤ ؛ ونقض ١٩٧٥/١٢/١٠ المجموعة السنة ٢٦ ص ١٦٠٦ رقم ٣٠١ .

٣٤٠) (١) غير أنه قد تقابل المدين المستعد للوفاء صعوبات من نوع آخر ، كما لو كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه . أو كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . أو يكون الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص . ولما كانت هذه الصعوبات قد يتعذر معها أو يستحيل ، قيام المدين ببعض مراحل الطريق سابق الذكر ، فان الظاهر من نص المادة ٣٣٨ أن المشرع قد أجاز للمدين أن يقوم بالايداع مباشرة وهو آخر مراحل هذا الطريق . تلك المراحل التى يمكن تلخيصها على النحو التالى :

١ — الاعذار :

٣٥١ — اذا مانع الدائن فى قبول الوفاء كان للمدين بموجب المادة ٣٣٤ ، كاجراء أول ، أن يسجل عليه هذه الممانعة أو هذا الرفض باعلان رسمى على يد محضر فيكون بذلك قد تم اعذاره .

ويترتب على هذا الاعذار ، وفقا للمادة ٣٣٥ أن يتحمل الدائن « تبعة هلاك الشىء أو تلفه » ، اذا كانت قبل هذا الاعذار على عاتق المدين (كأن يرفض المشترى تسلم المبيع ، فيعذره البائع بالتسليم ، فتنتقل تبعة الهلاك الى المشترى) ، وأن يقف « سريان الفوائد » اتفاقية كانت أم قانونية ، وأن يصبح « للمدين الحق فى ايداع الشىء على نفقة الدائن » ، وهى المرحلة التالية من مراحل العرض الحقيقى والايداع . وأخيرا أن يطالب الدائن « بتعويض ما أصابه من ضرر » .

---

(١) ويقابل هذه المواد فى فرنسا : المواد من ١٢٥٧ — ١٢٦٤ مدنى . وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٧٢/٢/١٦ (د. ١٩٧٢ — ٦٣٨) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٨/١/١٧ (ج.ب ١٩٣٨ — ١ — ٥٤٢ ؛ وقد جاء فيه أن الحق فى الوفاء بهذا الطريق يثبت للموفى سواء كان هو المدين أم لا) . وراجع فى تفاصيل نظام العرض الحقيقى والايداع فى القانون الفرنسى : كاربونييه الصفحات من ٤٧٢ — ٤٧٣ بند ١٢٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير البنود من ٢٩٨ — ٣٠١ ؛ جوسران البنود من ٨٦٦ — ٨٦٩ .

٢ — العـــرض الحقيقى :

٣٥٢ — بعد الاعذار ينتقل المدين الى المرحلة الثانية وهى مرحلة العرض الحقيقى • وقـــد نظم قانون المرافعات اجراءات هـــذه المرحلة حـــين فرقت المـــادة ٤٨٧ منه بين ما اذا كان محل الالتزام مما يمكن تسليمه للدائن فى موطنـــه (كالنقود) حـــين يكون عرضها عن طريق تسليمها للمحضر الذى يقوم بعرضها عرضا فعليا على الدائن فى موطنه ، وبين ما لا يمكن تسليمه من الأعيان بهذا الشكل : حين يكون عرضه بمجرد تكليف الدائن — على يد محضر — بتسلمه • فاذا رفض الدائن العرض ، أثبت المحضر ذلك فى محضر العرض أو فى ورقـــة التكليف، وكان للمدين أن ينتقل الى المرحلة التالية •

٣ — الايـــداع :

٣٥٣ — لا محل لهذه المرحلة اذا قبل الدائن العرض • فعندئذ يثبت المحضر ذلك القبول فى محضره ، ويسلمه المعروض • فيكون الوفاء قـــد تم • على أن يلتزم الدائن بمصروفات هـــذا العرض •

أما اذا رفض ، فلا يكون أمام المدين الا سلوك مرحلة الايداع ؛ وهى مرحلة تختلف طريقتها باختلاف محل الالتزام • فاذا كان المعروض نقودا « قام المحضر بايداعهـــا خزانة المحكمة فى اليوم التالى لكتابة المحضر (محضر العرض) على الأكثر • وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الايداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه » م ٤٨٨/١ مرافعات • أما اذا كان المعروض « شيئا غير النقود » وكان « مما يمكن نقله » جاز للمدين « أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة ، الترخيص فى ايداعه بالمكان الذى يعينه القاضى » • فاذا كان — على العكس — من غير النقـــود ولا يمكن نقله لأنه من الأشياء المعـــدة للبقاء حيث وجدت ، جاز للمدين « أن يطلب وضعه تحت الحراسة » م ٤٨٨/٢ مرافعـــات •

غير أن المعروض قـد يكون من الأشياء « التى يسرع اليها التلف أو التى تكلف نفقات باهظة فى ايداعها أو حراستها » • عندئذ أجـاز المشرع المدنى للمدين أن يبيع هـذه الأشياء « بالمزاد العلنى » بعـد استئذان القضاء : « وأن يودع الثمن خزانة المحكمة » م ١/٣٣٧ مدنى الا اذا كان الشىء « له سعر معروف فى الأسواق أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات ، فلا يجـوز بيعه بالمزاد الا اذا تعـذر البيع ممارسة بالسعر المعروف » م ٢/٣٣٧ مدنى •

٤ — الحكم بصحة العرض والايداع :

٣٥٤ — تجيز المـادة ٤٩١ مرافعات ، للدائن أن يقبل العرض الذى سبق له رفضـه وأن « يتسلم ما أودع على ذمته » طالمـا أن المدين لم يكن قـد رجع فى عرضه ، وهو حق له ما دام لم يصدر بعد حكم بصحة العرض أو قبوله من جانب الدائن ، وعندئذ تبرأ ذمـة المدين بقبول الدائن من وقت العرض لا الايداع • أما اذا استمر الدائن فى رفضه كانت آخر مرحلة فى هـذا الصدد هى اللجوء الى القضـاء لاستصدار حكم بشأن مدى صحة العرض والايداع ، اذ قـد ينازع الدائن فى صـحة العرض فيطلب الى القضاء الحكم ببطلانه ، وقـد لا ينتظر المدين نفسه منازعة الدائن فيبادر هو الى طلب الحكم بصحة العرض [1] • فاذا حكم نهائيا بصحة العرض برئت ذمة المدين وذمم شركائه فى الدين وذمم الضامنين له من وقت العرض لا من وقت الايداع •

ويبقى — فى النهاية — أن نشير الى أن بامكان المدين أن يرجع فى عرضه طالمـا لم يكن الدائن قـد قبله أو صدر حكم نهائى بصحته ، وعندئذ يعتبر العرض كأن لم يكن • فتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين ، وكذلك ذمم شركائه فيه ، وذمم الضامنين له • ويتحمل هو بمصروفات العـرض (م ١/٢٤٠) • أما اذا أراد المدين أن يرجع فى العـرض

---

(١) وقـد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لا يمنع من صـحة الايداع أن يكون معلقا على شرط يحـل للمـدين فرضه » ١٩٧٨/٥/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ ص ١٣٢٨ رقـم ٢٥٩ .

« بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هــذا الرجوع ، لم يكن لهــذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات . وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين » م ٢٤٠ /١ .

المطلب الثــانى
محــل الوفاء

٣٥٥ — يتعين على المدين من ناحية أن يفى للدائن بذات الشىء المستحق ، ومن ناحية أخرى أن يفى به كله .

حــق الدائن فى الحصول على ذات ما التزم به المدين :

٣٥٦ — يجب على المدين أن يفى للدائن بذات الشىء المستحق أصلا . ولا يمكن جبر الدائن على قبول شىء غيره « ولو كان هــذا الشىء مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى » م ٣٤١ مدنى [(١)] .

فاذا كان محل الالتزام نقودا ، تعين الوفاء به نقدا ، ويحق للدائن أن يرفض الوفاء بشىء آخر ولو كان أكبر قيمة . بل ان له أن يرفض استيفاء حقــه النقــدى عن طريق الشيكات [(٢)] أو الأوراق التجارية الأخرى . انما لا يلتزم المدين الا بقدر عدد النقود « المذكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هــذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » م ١٣٤ مدنى [(٣)] .

واذا كان محــل الالتزام نقل ملكية شىء معين بالذات فلا يجبر الدائن على قبول غــيره . فاذا كان معينا بالنوع تعين الوفاء به على الوجه الذى اتفق عليه المتعاقدان . فان كانا لم يتفقــا « على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من الظروف أو من

---

(١) ويقابلها فى فرنسا المــادة ١٢٤٣ مدنى .

(٢) وقــد قضت محكمة النقض المصرية بأن وفاء الدين بطريق الشيك هو وفاء معلق على شرط التحصيل ، حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ المجموعة السنة ٢٧ ص ١٦٩٨ رقم ٣١٣ .

(٣) ويقابلها فى فرنسا المــادة ١٨٩٥ مدنى .

أى ظرف آخــر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط » م ٢/١٣٣ .

أما اذا كان محل الالتزام القيام بعمل ، وقــد « نص الاتفاق ، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » م ٢٠٨ .

حــق الدائن فى رفض الوفاء الجزئى :

٣٥٧ ـ ويتعــين على المدين أيضــا أن يفى للدئن بكل الشيء المستحق . فــلا يمكن جبر الدائن على قبول وفاء جــزئى لحقــه (م ٣٤٢) [١] حتى ولو كان التزام المدين (أى حق الدائن) مما يمكن بطبيعته أن ينقسم [٢] . ويمتد مبــدأ عدم تجزئة الوفاء الى فوائد الدين ، فاذا كانت هــذه الأخيرة قــد استحقت ، شكلت هى وأصل الدين وحد واحدة ، بحيث لا يمكن جبر الدائن على قبول تجزئة الوفاء واستيفاء أحدها دون الآخر .

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء تقبل فى الواقع استثناءات متعددة: فيجوز ــ من ناحيــة ــ وهى لا تعدو أن تكون قاعدة مقررة ــ أن يستبعد تطبيقها بالاتفاق ، الذى قــد يقع صريحا حين يتفق الطرفان فى العقد (وهو أمر شائع) على امكان الوفاء على أجزاء أو على أقساط دورية . أو يقع ضمنيا حــين يعرض المدين ــ بالفعل ــ وفاء جزئيا لدينه فيقبله الدائن منه .

كما أنه يجوز للقاضى بموجب المــادة ٢/٣٤٦ أن ينظر المدين الى آجال معقولة ينفذ فيها التزامه . وعندئذ سوف يقع الوفاء على أجزاء .

---

(١) أنظــر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه القاعدة : استئناف كولمــار ١٩٥٥/١٠/١٤ (ج.ب ١٩٥٦ ــ ١ ــ ٦٦) . وتطبق هــذه القاعدة ــ من باب أولى اذا كان الوفاء الجزئى قــد تم من جانب الغير ، أنظر : نقض فرنسى ١٩١٣/١/٢٤ (د. ١٩١٧ ــ ١ ــ ٣٨) . وانظــر فى مبررات هــذه القاعدة : جوجلار (دروس مازو) بنــد ٨٨٧ .

(٢) فى هــذا المعنى أيضا : ستارك بنــد ٢٣٨٩ .

هـذا الى أن بامكان المدين اذا أصبح دائنا للدائن بمبلغ أقل مما هـو ملتزم به نحوه أن يتمسك بالمقاصة ، فينقضى الدينين بقدر الأقل منهما ، لتبقى ذمة المدين مشغولة بالجزء الباقى من الدين . ويكون الدائن قد أجبر بطريق غير مباشر على قبول وفاء جزئى لحقه .

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء ليست فى الحقيقة مقررة لصالح الدائن وحده . اذ للمدين — بدوره — مصلحة فى أن يفى الدين كاملا حتى تبرأ ذمته نهائيا . ولذلك يجـوز له ، اذا كان الدائن قـد أراد استيفاء بعض حقه ، أن يصر على ايفائه كاملا . اللهم الا اذا كان الدين « متنازعا فى جزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به : فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » م ٣٤٢/٢ .

دفع مبلغ من حساب ديون متعددة (تعيين جهة الدفع او خصم المدفوعات) :

٣٥٨ — ان نطـاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء ينحصر فى الدين الواحد . فاذا كان فى ذمة المدين — على العكس — عدة ديون لدائنه : فان كل دين منها يستقل عن الآخر وتطبق بشأنه وحده قاعدة عـدم التجزئة . ليظل من حق المدين أن يفى أى منها كاملا فلا يكون للدائن أن يرفض هـذا الوفاء بمقولة أنه وفاء جزئى لمجموع ما فى ذمة المدين من ديون .

غير أن تعدد الديون فى ذمـة المدين ، يثير مشكلة من نوع آخر : اذا كانت هـذه الديون جميعها لدائن واحد ، ومن جنس واحد وكان ما أداه المدين غير كاف لوفائها كلها ، بما يثور معه التساؤل عن تحديد الديون التى يتعين أن يخصم منها ما دفعه المدين . وهـذه هى مسألة تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات .

وقـد حسمت هـذه المسألة المـادتان ٣٤٤ ، ٣٤٥ مدنى [1] حين

(١) ويقابل هاتين المـادتين ، فى فرنسا ، نص المواد من ١٢٥٣ — ١٢٥٦ من المجموعة المدنية ، وان كان التنظيم القـانونى لهـذه المسألة فى القانون الفرنسى يختلف الى حـد ما عن تنظيم القانون المصرى لهـا . راجع فى هـذا التنظيم : مارتى ورينو بنـد ٦٠٦ ؛ جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨٨٨ .

جعلنا الحق فى التعيين للمدين نفسه أولا ، والا تم ذلك التعيين وفقا لمعايير وضعها القانون نفسه : فاذا لم يصدق أى معيار منها انتقل التعيين للدائن •

(أ) خيار التعيين للمدين :

٣٥٩ — للمدين — أولا — بموجب المادة ٣٤٤ أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به [1] • حين يلتزم الدائن بقبول هذا التعيين ، ما لم يحل بين المدين واستعمال هذا الحق مانع قانونى أو اتفاقى •

فقد يتفق الطرفان مسبقا على ترتيب الديون فى الدفع • وقد يصطدم اختيار المدين بموانع قانونية ، من ذلك على سبيل المثال : أنه لا يستطيع أن يجرى الخصم من دين أكبر من المبلغ المدفوع ، لأن الوفاء فى هذه الحالة سيكون وفاء جزئيا (فى خصوص هذا الدين) وقد عرفنا أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى • كما أنه لا يستطيع — من ناحية أخرى — أن يجرى الخصم من دين مؤجل اذا كان الأجل لمصلحة الطرفين معا (كقرض بفائدة) أو من باب أولى اذا كان الأجل لمصلحة الدائن وحده ، لأن المدين بذلك انما يجبر الدائن — بارادته المنفردة — على اسقاط الأجل ، وهو غير جائز الا حين يكون الأجل قد تقرر لمصلحته وحده •

(ب) تعيين الخصم بواسطة القانون :

٣٦٠ — اذا لم يستعمل المدين حقه فى التعيين ، تعين اجراء الخصم وفق المعايير التى حددتها المادة ٣٤٥ ، حين فرقت فى هذا الشأن بين فرضين : فرض ما لو كان أحد الديون حالا والآخر مؤجلا ،

---

(1) انظر ، من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ ص ١٧٦٦ رقم ٣٤١ . وقد قضت محكمة النقض فى حكم آخر لها بأن حق المدين فى تعيين الدين المراد الوفاء به ، عند تعدد الديون ، هو مسألة واقع ، ومن ثم لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، انظر حكم ١٩٧٦/١/١٠ المجموعةالسنة ٢٧ ص ٢٤٥ رقم ٥٨ •

وعندئذ يكون الخصم « من حساب الدين الذى حـل » . وفرض ما لو تعددت الديون الحالة ، وعندئذ يكون الخصم من حساب « أشدها كلفة على المدين » . أو بعبارة أخرى ، من حساب الدين الذى يكون للمدين مصلحة أكبر فى سداده (١) . فالدين الذى يغل فوائد — على سبيل المثال — أو الذى يضمنه رهن أو الذى ما زال يبقى على سقوطه بالتقادم مدة طويلة ، يعتبر أشـد كلفة على المدين من دين آخر لا يغل فوائد ، أو لا يضمنه رهن أو أوشك على السقوط ، بما يجعل من مصلحة المدين أن يفى به دون الآخر .

(جـ) حـق الدائن فى التعيين :

٣٦١ — فاذا لم يكن بالامكان تطبيق أى من المعيارين السابقين ، لتعدد الديون الحالة ، وتساويها فى الكلفة ، انتقل التعيين الى الدائن(٢) ما دام الفرض أن المدين نفسه لم يقم بالتعيين .

ترتيب الخصم فى حالة الدين الواحد الذى تتبعه ملحقات :

٣٦٢ — أدخل المشرع فى مسألة تعيين جهة الدفع . حالة ما اذا كانت ذمـة المدين مشغولة بدين واحـد تتبعـه ملحقات من فوائد ومصروفات . فأوجب فى المـادة ٣٤٣ اذا كان ما أداه المدين لا يفى بالدين مع كل هـذه الملحقات ، أن يجرى خصم ما دفع « من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ثم من أصل الدين . كل هذا ما لم يتفق

---

(١) وهـذه مسألة واقع ، تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع . فى هـذا المعنى مارتى ورينـو بنـد ٦٠٦ ، ونقض فرنسى (عرائض) ١٨٦٢/٥/٢٠ (د. ١٨٦٢ — ١ — ٥٠٧) ؛ نقض ١٨٨٤/٧/٢٣ (د. ١٨٨٤ — ١ — ٤٥٩) .

(٢) ويعتقد بعض الشراح ان اتفاقا لاحقا بين المدين والدائن يمكن ان يعدل من التعيين الذى سبق أن قام به هـذا الأخير ، بشرط عـدم الاضرار بالحقوق المكتسبة للأغيار ، انظر فى هـذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٠٦ ، وقارن : نقض فرنسى ١٨٧٤/١٢/٨ (د. ١٨٧٥ — ١ — ٢٣) ؛ ١٨٨٣/٧/٢٣ (د. ١٨٨٤ — ١ — ١٨٠) .

على غيره (١،٢) .

المطلب الثالث
ظروف الوفـاء

زمان الوفاء :

٣٦٣ — الأصل أنه ما دام التزام المدين مستحق الأداء لم يتفق على تأجيله ولم يكن معلقا على شرط واقف ، فانه يتعين عليه أن يفى به فورا ، والا أمكن للدائن قهره جبريا على هـذا التنفيذ . وفى هـذا المعنى تقضى المـادة ١/٣٤٩ بأنه « يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمـة المدين » .

غير أن الفقرة الثانية من نفس النص أجازت « للقاضى ، فى حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هـذا التأجيل ضرر جسيم » . ويسمى الأجل القضائى فى هـذه الحالة بنظرة الميسرة .

مكان الوفاء :

٣٦٤ — اذا لم يتفق الطرفان على تحديد المكان الذى يجب أن يتم فيه الوفاء تعينت التفرقة بموجب المـادة ٣٤٧ بين ما اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات حـين يجب تسليمه « فى المكان الذى كان موجودا فيـه وقت نشوء الالتزام » ، وبين ما عداه من الالتزامات الأخرى ، حين يكون الوفاء بها « فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمـال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال » .

---

(١) راجـع من تطبيقات القضـاء المصرى : نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة السنة ٢٧ ص ١٨٥٧ رقـم ٣٤٠ .

(٢) وتأخذ المجموعة المدنية الفرنسية بنفس الحكم فى المـادة ١٢٥٤ .

نفقـات الوفاء :

٣٦٥ — وتكون نفقات الوفاء أيا كان نوعها (كنفقات الوزن ، أو ارسال الدين الى الدائن اذا كان مشترطا الوفاء فى موطن هـذا الأخير) . على المدين . وذلك بموجب المـادة ٣٤٨ « الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك »[1] . ومن أمثلة النصـوص التى تجعـل نفقات الوفاء على الدائن ما سبق أن أشرنا اليه فى خصوص العرض الحقيقى والايداع حين تجعل المـادة ٣٣٥ نفقات هـذا الطريق على الدائن .

المبحث الثانى

الوفاء من الحـلول (٢)

Le Paiement avec Subrogation

المقصود به ، والغرض منه :

٣٦٦ — الوفاء مع الحلول ، هو نظام قانونى مركب ، ينطوى على وفاء للحق بالنسبة للدائن ، وانتقال لهذا الحق بالنسبة للمدين[3] .

ويفترض هـذا النوع من الوفاء أن يكون الموفى شخص غـير المدين .ولم يقصد بوفائه أن يتبرع له . فاذا كان هـذا الوفاء يقضى

---

(١) ورغم ان المـادة ١٢٤٨ مدنى فرنسى ، المقابلة لهـذه المـادة ، لا تتضمن هـذا الاستدراك ، الا ان من المسلم به فى فرنسا ان نصها غير آمر ، ومن ثم يمكن الاتفاق على مخالفـة هـذا الحكم . انظر فى هـذا المعنى : ستارك بنـد ٢٣٩٠ .

(٢) راجع فى تنظيم هذا النوع من الوفاء فى القانون الفرنسى : جوجلار (دروس مازو) البنود من ٨٤٣ — ٨٥٩ .

(٣) راجع — بوجه عام — فى الطبيعة القانونية للحلول : جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨٦١ ؛ مارتى ورينـو بنـد ٦٠٧ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندير بنـد ٣١١ ؛ د. السنهورى ج ٣ البنود من ٤٠٢ — ٤٠٥ .

على حــق الدائن . الا أن ذمة المدين تبقى مشغولة فى مواجهة الموفى •
وقــد سبق أن عرفنا أن لهــذا الأخير أن يرجــع على المدين بدعوى شخصية لاقتضاء ما أوفاه ، وتتأسس هــذه الدعوى : اما على الفضالة أو الوكالة أو الاثراء بلا سبب على حسب الأحوال •

٣٦٧ — غير أنه يبدو أن المشرع . قــد أراد أن يشجع [1] الغير على وفاء دين المدين ، خاصة اذا كانت لهــذا الغير مصلحة فى هــذا الوفاء • فجعل له — فضلا عن الدعوى الشخصية — أن يحل بما دفع فى مركز الدائن • فيسمى الوفاء فى هــذه الحالة وفاء مع الحلول •

والهدف الرئيسى من هــذا الاحلال : أن يفيد الموفى — فى رجوعه على المدين — بالضمانات التى كانت تضمن حق الدائن الموفى له [2] • وبالتــالى يطئمن الموفى الى أنه سيكون عند التنفيذ على أموال المدين مفضلا — بهــذا الحلول — على غيره من الدائنين عند التزاحم • حين أنه لو رجع بالدعوى الشخصية لتحمل خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له ، بما يحتمل معه ألا يحصل على كامل حقه . اذا وقعت قسمة الغرماء نتيجة اعسار المدين • بل وقــد لا يحصل على شىء مما أوفى اذا سبقه الى استيفاء الحق دائنون آخرون مفضلون عليه بما لهم من تأمين عينى يضمن حقوقهم •

وقــد كان يكفى لكفالة هــذا الهدف مجرد احلال الموفى محــل الدائن فى حق هــذا الأخير بما يكفله من ضمانات فحسب • غــير أن المشرع لم يقتصر على ذلك وانما تصور الحلول بكامل أبعاده ، فجعل الموفى يحل فى نفس مركز الدائن ، ليكون له حق هذا الأخير بخصائصه ، وتوابعه وتأميناته ودفوعه • وطبقا لهــذا التصوير ، فقد يبدو الرجوع

---

(١) فى هــذا المعنى ايضا مارتى ورينو بنــد ٦٠٧ .

(٢) فى هــذا المعنى جوجلار (دروس مازو) بنــد ٨٤٣ .

بالدعــوى الشخصية أكثر ميزة للموفى من دعــوى الحلول فى بعض الأحيان • كما لو كانت دعوى الدائن — على سبيل المثال — قــد أوشكت على السقوط بالتقادم حين أن مدة هــذا الأخير فى صــدد الدعوى الشخصية ، لا تبدأ الا من وقت الوفاء • وقــد لا يكون حــق الدائن منتجا لفوائد ، أو اتفق بشأنه على أقل من الفوائد القانونية ، حــين يجد الموفى من مصلحته ، اذا كان بوفائه وكيلا أو فضوليا عن المدين ، أن يرجع على هــذا الأخير بالدعوى الشخصية ليكون له فوائد ما أوفى بسعرها القانونى من يوم الوفاء •

غير أن الوفاء مع الحلول ، وان بدا للوهلة الأولى ، قريب الشبه بفكرة حوالة الحق ، الا أنهما فى الواقع يختلفان فى الغرض وفى شروط الانعقاد والنفاذ ، وكذلك فيما يترتب على كل منهما من آثار • وسوف نشير الى هــذه الفوارق من خلال ثنايا البحث فى حالات الوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وذلك منعا للتكرار (١) •

تقســيم :

نوزع الدراسة فى هــذا المبحث على مطلبين : نخصص أولهمــا لحالات الوفاء مع الحلول لنكرس الثانى لمــا يترتب عليه من آثار •

المطلب الأول

حالات الوفاء مع الحــلول

٣٦٨ — يجد الحلول مصدره ، اما فى نص القانون ، حين يسمى «بالحلول القانونى» ، أو فى الاتفاق ، حين يسمى «بالحلول الاتفاقى» •

---

(١) راجع بوجه عام ، فى أوجه الاختلاف بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق : جوجلار (دروس مازو) بنــد ٨٥٩ ؛ ستارك بنــد ٢٣٤٨ ؛ مارتى ورينو بند ٦٠٧ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣١٩ ، د. السنهورى جـ ٣ البنود من ٤٠٦ — ٤١٠ •

اولا : الحلول القــانونى (١) :

٣٦٩ ــ حددت حالات الحلول القانونى ، المــادة ٣٢٦ والتى بموجبها يحل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

١ ــ اذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنــه : م ٣٢٦/أ (٢) :

ويكون الموفى ملزما بالدين مع المدين اذا كان متضامنا معــه فيه أو كان شريكا معــه فى دين غير قابل للانقسام (٣) .كما يكون الموفى ملزما بالدين عن المدين اذا كان كفيلا له ، شخصية كانت هــذه الكفالة أو عينيــة .

٢ ــ وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم : م ٣٢٦/ب :

تفترض هــذه الحالة أن يكون المدين قــد رهن عقــاره لدائنين على التوالى . فاذا شرع الدائن المتقدم فى التنفيذ على العقار ليستوفى حقه من ثمنه (وهو يستوفيه فى هــذا الفرض بالأولوية على الدائن المتأخر) فقــد يجد الدائن الآخر من مصلحته أن يمنع هــذا التنفيذ ، اذا كان الوقت غير ملائم لبيع العقار ، بما يحتمل معه ألا يكون الثمن

---

(١) انظــر فى حالات الحلول القانونى فى القــانون الفرنسى ، طبقا للمجموعة المدنية ، وكذلك حالات الحلول التى قررتها نصوص خاصــة لاحقة على هــذه المجموعة : جوجلار (دروس مازو) بنــد ٨٥٥ ؛ مارتى ورينو ، البندان ٦١٨ ، ٦١٩ ؛ كاربونييه بنــد ١٣٠ ص ٤٧٨ ــ ٤٧٩ ؛ VITU : Subrogation légale et droit des assurane. Rev. gen. des ass. terr. 1946 — 261.

(٢) ويقابلهــا فى فرنسا نص المــادة ١٢٥١/٣ مدنى . انظــر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ (ج.ك.ب ١٩٥٦ ــ ٩٢٦٣ وتعليق سافاتييه) .

(٣) ويؤكد القضء الفرنسى ان هــذا الفرض من الحلول يطبق ايضا فى حالة الالتزام التضامنى in Solidum ، انظر مثلا : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ سابق الاشارة ، ونقض ١٩٥٨/١١/٣ (ج.ب ١٩٥٩ ــ ١ ــ ١٣) .

كافيا للوفاء بالحقين معا ، حين أنه لو أرجىء البيع الى فرصة مناسبة لكان من الممكن أن يتبقى من حصيلة التنفيذ — بعد خصم حق الدائن المتقدم — ما يكفى للوفاء بحق الدائن المتأخر ، عندئذ يكون من مصلحة هــذا الأخير أن يفى هو حق الدائن المتقدم فيحل محله ويتريث التنفيذ الى الوقت المناسب ، كما تتحقق هذه الحالة من باب أولى لو كنا بصدد دائنين أحدهما يسبق الآخر بما له من تأمين عينى حين أن الآخر مجرد دائن عادى .

٢ — وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون : م ٣٢٦/جـ :

حائز العقار هــو من تنتقل اليه ملكية عقار مثقل بتأمين عينى ، دون أن يكون مسئولا شخصيا عن الدين .

فاذا أراد الدائن المرتهن بما له من حق التتبع أن يباشر التنفيذ على العقار الذى انتقلت ملكيته الى الحائز . فقد يجد هــذا الأخير من مصلحته . درءا للتنفيذ على عقاره أن يفى للدائن المرتهن حقــه ليحل محله فى ذات الحق بضماناته ، فاذا كان هــذا الحق مضمونا برهن على عقار آخر ، ضمن هــذا الرهن حق الحائز قبل المدين .

بل أكثر من ذلك ، يحل الحائز بما دفعه فى نفس الرهن الذى كان للدائن الموفى له . على نفس العقار الذى آل الى الحــائز ، ليصبح هــذا الأخير بمثابة الدائن المرتهن لملكه ، وتظهــر مصلحته فى ذلك اذا كان العقار الذى آل اليه ، مثقلا برهن تال فى المرتبة . وكانت قيمة هــذا العقار لا تزيد عن الدين الذى أوفى به للدائن المتقدم وحل محله فيه ، اذ سيترتب على الحلول هنــا أن تنعدم مصلحة الدائن المتأخر فى مباشرة التنفيذ على عقار الحائز ، ما دام الفرض أنه لن يتبقى له من حصيلة التنفيذ شىء ، بعد استيفاء الحائز (كحال محل الدائن المتقدم) كامل حقــه .

هــذا ويلاحظ أن الفقرة جـ من المــادة ٣٢٦ حين ذكرت هــذه

الحالة من حالات الحلول ، لم تعرض الا لفرض واحد من فروض حائز العقار ، وهى حالةما اذا كان هـذا الأخير قـد اشترى العقار ودفع ثمنه لدائنين خصص هـذا العقار لضمان حقوقهم • وأساس اختصاص هـذا الفرض بالذكر أنه الأكثر وقوعا فى العمل • وان كان ذلك لا يمنع أن كل حائز للعقار المرهون له أن يستعمل هـذا الحق فى الحلول •

٤ ـ حـالات اخـرى :

وأخيرا تجيز الفقـرة د من نفس النص للموفى حق الحلول اذا كان هناك نص خاص يقضى بذلك • ومن أمثلة هـذه النصوص ما يقضى به القانون المدنى فى خصوص التأمين من الحريق حين تخول المـادة ٧٧١ مدنى للمؤمن أن يحل بمـا دفعـه من تعويض بسبب الحـريق فى الدعاوى التى تكون للمستأمن قبل المسئول عن الحريق • (وراجع أيضا نص المـادة ١٥٨ تجـارى فى خصوص دفـع الكمبيالة بطريق التوسط) •

ثانيا : الحلول الاتفـاقى :

٣٧٠ ـ قـد يجد الحلول مصدره فى الاتفاق الذى قـد يتم : اما بين الدائنين والموفى ، أو بين المدين والموفى •

أ ـ الحلول بالاتفاق مع الدائن :

٣٧١ ـ تجيز المـادة ٣٢٧ مدنى « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هـذا الغير على أن يحل محله » (١) •

---

(١) وتشترط المـادة ١/١٢٥٠ مدنى فرنسى ، المقابلة لهذا النص ، أن يكون الاتفـاق فى هـذا الفرض من الحلول ، **صريحا** . لكن المسلم به فى الفقـه الفرنسى ان ذلك لا يعنى ضرورة استخدام لفظة الحلول بنصها فى هـذا الاتفاق ، وانما المقصود به ضرورة ان يكون اتفاق الطرفين على الحلول واضحا فى معناه لا يحتمل لبسا ، وان مثل هـذا الاتفاق لا يصح أن يستخلص ضمنا . انظر فى هـذا المعنى : جوسران بنـد ٨٨٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٣١٣ ؛ مارتى ورينو بنـد ٦١١ .

وتختلف هــذه الصورة من صور الحلول عن حوالة الحق ، وان بدت قريبة الشبه منها [1] . فقد أجازت المــادة السابقة هــذا الحلول « ولو لم يقبل المدين » . ومعنى ذلك أن هــذا الحلول ينفذ فى مواجهة المدين والغير دون حاجة الى أى اجراء [2،3] . حين أن حوالة الحق ، وان أمكن انعقادها بين الدائن والمحال له ، الا أن نفاذها فى حق المدين أو الغير موقوف على رضاء هــذا المدين بهــا أو على الأقل على اعلانه بهــا اعلانا رسميا .

كذلك يختلف النظامان من حيث الهدف . ففى الوفاء مع الحلول ، يكون الوفاء هو المقصد الأساسى من هــذا النظام . وما تغير شخص الدائن وحلول الموفى محله الا نتيجة تبعية .حين يكون استبدال شخص المحال له بشخص الدائن الأصلى فى حوالة الحق هو الهدف الأساسى من الحوالة ؛ ولذلك فان الموفى — فى غالب الأحيان — انما يتدخل بقصد اسداء خدمة للمدين الذى أوفى عنه . ولذلك فان حقه فى الرجوع على هــذا الأخير يكون مقيدا بقدر ما دفع من ماله للدائن وليس بقــدر حــق هــذا الأخير فى مواجهة المدين . حين يغلب — على العكس — فى حوالة الحق ،أن يكون المحال له مضاربا ، يقصــد استثمار أمواله ، فيشترى من الدائن المحيل حقه فى مواجهة المدين لقاء مبلغ أقل ، اما لأن

---

(١) وبديهى أن للقضاء رقابته على ما يعطيه المتعاقدان من تحــديد للطبيعة القانونية للعقد ، ومن ثم فليس ما يمنع أن يرى قضــاة الموضوع فى اتفاق ما حوالة حــق حتى ولو كان المتعاقدان قــد استخدما فى شأنها لفظة الحلول . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٣/٤/١٩٤٨ (س. ١٩٤٨ — ١ — ١٦١) .

(٢) اللهم الا فيما يتعلق بتاريخ الاتفاق على هــذا الحلول ، حيث لا يكون بالامكان الاحتجاج به على الأغيار الا منذ أن يكون ثابتا بوجه رسمى .

(٣) وقــد يحدث — تبعا لذلك — أن يفى المدين لدائنه القديم بحسن نيــة ، أى وهو يجهل ذلك الوفاء الذى تم له من جانب الغير . وقــد قضى فى هــذا الخصوص بأن وفاء المدين فى هــذه الحالة يكون صحيحا ومن ثم مبرئا لذمته . أنظر استئناف باريس ٢٣/١/١٩٧٠ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٢ — ١٦٨٣٧ وتعليق جافالدا) .

هـــذا الحق مؤجلا ، أو متنازعا فيه ليرجع بعد ذلك على المدين بكامل حـــق الدائـــن المحيـــل مستفيـــدا من الفـــــرق بين ما دفـــع وبين ما يسترد •

وينعكس هـــذا الاختلاف فى الهدف على مسئولية الدائن فى كل من النظامين • ففى حوالة الحق بعوض ، ينقل الدائن للمحال له حقه فى مواجهة المدين ، ومن ثم يكون من الطبيعى أن يلتزم فى مواجهـــة المحال له بضمان وجود الحق المحال وقت الحوالة • فاذا تحقق هـــذا الضمان ، رجع المحال له على المحيل بالتعويض عن كل ما خسره . وهو يشمل المبلغ الذى دفعه للمحيل كثمن للحوالة ، مضافا اليه فوائده ، ومصاريف الحوالة • أما فى الوفاء مع الحلول ، فان الدائن لا ينقل شيئا للموفى ، وانما على العكس يتلقى منه حقه • وبالتالى لا يتصور أن يكون الدائن مسئولا بالضمان فى موا جهة الموفى • وحتى اذا تبين أن الحق الذى استوفاه الدائن من الموفى غير موجود ، اما لانقضائه أو لبطلان التصرف الذى نشأ عنه ، فان رجوع الموفى على الدائن لا يكون الا وفقا لقواعد استرداد ما دفع بدون وجه حق ، حيث يقتصر حق الموفى على استرداد ما دفعه فقط ، ولا يحق له أن يطالب بفوائد ما دفع ، اللهم الا اذا كان الدائن سىء النيـــــة يعلم حـــين القبض بعـــــدم أحقيته فى الوفاء •

٣٧٢ — هـــذا وتشترط المـــادة ٣٢٧ ، لامكان الحلول بالاتفاق بين الدائن والموفى ، ضرورة ألا يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء[١] •

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهـــذا الشرط الذى يجرى عليه أيضا نص المـــادة ١/١٢٥٠ مدنى : نقض (تجارى) ١٩٦٥/١٢/١٤ (ج٠ب ١٩٦٦ — ١ — ٢٧٨) ؛ اســـتئناف تولوز ١٩٥٤/١١/٩ (ج٠ب ١٩٥٥ — ١ — ٤٩) •

بمعنى ضرورة أن يكون متعاصرا معه (١) . ويجد هـذا الشرط تبريره فى اعتبار نظرى وآخر عملى :

فمن الناحية النظرية : لا يتصور امكان تأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء ، لأنه يترتب على هـذا الأخير انقضاء حق الدائن . وعنـدئذ لا يتصور أن يحل الموفى فى حق أصبح لا وجود له (٢) .

أما الاعتبار العملى — وهو ما يبدو أن المشرع كان يقصد اليه ، كما يتضح من المذكرة الايضاحية للنص — فهو درء التواطؤ المحتمل ، بين المدين والدائن المتقدم ، الذى استوفى حقه ، للاضرار بدائن تال

---

(١) وعلى ذلك صريح نص المـادة ١/١٢٥٠ مدنى فرنسى سابقـة الاشارة . ويؤكد بعض الشراح الفرنسيين أن الحلول لا يجوز قبل الوفاء ، حيث أن الأخير هو شرط للأول . ولا يعدو الاتفاق بين الدائن ومن يريد الوفاء بدين الغير على أن الموفى سوف يحل بوفائه محل الدائن ، أن يكون مجرد وعـد بالحلول . انظر فى هـذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦١٢ ؛ جوسران بنـد ٨٨٩ . وتبعا لذلك يرى البعض أيضا ، أن الشروط التى ترد عادة فى وثائق التأمين من الأضرار ، والتى بموجبها يحل المؤمن محل المستأمن فيما يكون لهـذا الأخير من حق فى التعويض قبل المتسبب فى الضرر ، انما تتحلل فى حوالة حق محتمل وليس فى حلول بالمعنى الدقيق : من هـذا الرأى بلانيول وريبير بواسطة رادوان ، أشـار اليهم مارتى وريـنـو ص ٦٤٤ هامش ٣ . أما بعد صـدور قانون التأمين الفرنسى فى ١٣ يولية ١٩٣٠ وما قررته المـادة ٣٦ منه من حق للمؤمن فى الحلول القانونى محل المستأمن ؛ فان محكمة النقض الفرنسية لم تعد تجيز للمؤمن ان يدعى فى هـذا الفرض بأن المستأمن قـد أحال اليه حقه فى التعويض فى مواجهة الغير (أى المتسبب فى الضرر)بالنظر لاختلاف آثار حوالة الحق عن آثار الحلول . أشار لذلك مارتى ورينو ص ٦٤٤ هامش ٣ ؛ وانظـر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هـذا المعنى : نقض ١٩٤٥/٣/٥ (د. ١٩٤٦ — ١ وتعليق بيسون) ؛ (ج.ك.ب ١٩٤٥ — ٢ — ٢٧٩٨ وتعليق لبربور بيجـونيير) ، (ر.ت ١٩٤٦ — ٣٦ وتعليق هنرى وليون مازو) ؛ وعكس ذلك : استئناف ليون ١٩٤٣/٣/٢ (ر.ت ١٩٤٤ — ٣٨ وتعليق هنرى وليون مازو) ؛ (والمجلة العـامة للتأمين البرى ١٩٤٣ — ٢٤٦ وتعليق بيسون) .

(٢) فى هـذا المعنى أيضا : ستارك بند ٢٣٥٠ ؛ جوجلار بنـد٨٤٩ ؛ مارتى ورينو بند ٦١٢ ؛ جوسران بند ٨٨٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٣١٣ .

فى المرتبة . وبيان ذلك : أن المدين قد يفى حق الدائن المتقدم ، بما يترتب عليه أن يصعد الدائن الذى كان تاليا له فى المرتبة . الى المرتبة الأولى . ولو سمح المشرع أن يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء لكان من السهل على المدين أن يتواطأ مع الدائن المتقدم الذى استوفى حقه ، فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار فى مرتبة الدائن المتقدم ، لتفويت حق الدائن المرتهن الثانى ، الذى من المفروض أنه أصبح — بانقضاء حق الدائن المتقدم — فى المرتبة الأولى .

٣٧٣ — والغالب أن يحرر الاتفاق على الحلول . فى نفس المخالصة التى يعطيها الدائن للغير الذى أوفاه حقه . وعندئذ ، فطبقا للقواعد العامة . وخروجا من الاستثناء الخاص بالمخالصات بوجه عام ينبغى أن يكون لهذه المخالصة الحلولية (La quittance subrogative) تاريخ ثابت : حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير (١) .

ب — الحلول بالاتفاق مع المدين (٢) :

٣٧٤ — تفترض هذه الصورة . أن يكون أجل الوفاء بحق الدائن قد حل : دون أن يكون لدى المدين من الأموال ما يكفى لوفائه . فيتفق مع آخر : على أن يقرضه مبلغا يفى به الدين ، وأن يحل المقرض (الموفى) محل الدائن الذى استوفى حقه .

وواضح أن هذه الصورة لا يمكن أن تشتبه بحوالة الحق . ففيها يتفق المدين على احلال آخر محل الدائن دون حاجة لرضاء هذا

---

(١) انظر فى هذا المعنى . وفى تبرير هذا الحل : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٤٩ ؛ وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى نقض ١٨٤٣/١/٣١ (د. ١٨٤٣ — ١ — ٢٥٣) .

(٢) انظر فى الأصل التاريخى لهذا الفرض من الحلول فى القانون الفرنسى : جوجلار بند ٨٥١ ؛ جوسران بند ٨٩٢ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣١٤ .

الأخير [1] . حين أنه لا يتصور أن تتم حوالة الحق الا بالاتفاق مع الدائن .

٣٧٥ — غير أن هذه الصورة من الحلول . تنطوى على خطر التواطؤ بين المدين والغير . الأجنبى عن الوفاء . اضرارا بحق الدائن التالى فى المرتبة للدائن الذى استوفى حقه . فلو فرضنا أن (أ) دائن له تأمين عينى فى المرتبة الأولى . (ب) دائن تالى له فى المرتبة . أوفى المدين من ماله حق (أ) . يتقدم (ب) ليصبح فى المرتبة الأولى . يضطر المدين بعد ذلك الى الاقتراض . يقترض (بعد الوفاء) مبلغا من (جـ) . يمكن عندئذ للمدين أن يتفق مع (جـ) على الحلول محل (أ) . بأن يقدما تاريخ عقد القرض ليجعلاه سابقا على وفاء حق (أ) اضرارا بمصلحة (ب) .

ودرءا لهذا التحايل . تستوجب المادة ٣٢٨ . التى أجازت الحلول بهذه الطريقة « أن يذكر فى عقد القرض . أن المال قد خصص للوفاء . وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد » . وذلك ضمانا لعدم تأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ويجب بداهة . ولو أن المشرع لم يذكر هذا الشرط صراحة . أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت . حتى يمكن الاحتجاج بهما على الغير .

المطلب الثانى
آثار الحلول

القاعدة : هى الحلول الكامل :

٣٧٦ — اذا أوفى الموفى الدين للدائن . فان الأصل أن يحل محل هذا الأخير (سواء كان الحلول قانونيا أم اتفاقيا) حلولا كاملا .

---

(١) ويرى فيها كاربونييه (ص ٤٧٩ بند ١٣٠) — تبعا لذلك — نوعا مما أسماه بـ العقد الجبرى « contrat forcé »

وهـذا ما عبرت عنه المـادة ٣٢٩ حين قضت بأنه « من حـل قانونا أو اتفاقا محل الدائن . كان له حقـه . بما لهذا الحق من خصائص . وما يلحقه من توابع (١) . وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليـه من دفوع » • وقـد سبق أن أشرنا الى أن هذا التصوير يتجاوز فى الواقع الهدف الأساسى من نظام الحلول . وأنه قـد يجعل من مصلحة الغير الموفى ، أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بدلا من دعوى الدائن• ونص هذه المـادة من الوضوح بحيث لا يحتاج الى مزيد من البيان •

الحلول غير الكامل :

٣٧٧ — على أنه استثناء من الأصل سابق الذكر . يقيد المشرع من الحلول فى بعض الحالات . فيكون فيهـا حلولا ناقصا • ويمكن تلخيص هـذه القيود على النحو التالى :

١ — يكون الحلول « بالقدر الذى أداه من ماله من محل الدائن » م ٣٢٩ • فاذا كان الدائن قـد قبل من الموفى مبلغا أقل من كامل حقه ، وارتضاه سببا لانقضـاء الدين . نازلا عن الجزء الباقى ، فان الموفى لا يحل محل الدائن فى حق هـذا الأخير كله . وانما بالقدر الذى دفعه • فكأن المدين فى الواقع — هو الذى يفيد من هـذا الابراء الجزئى •

---

(١) وفى حكم حديث لهـا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الموفى الذى حل محل الدائن يتمتع بكافة الدعاوى التى كانت تخص الدائن والتى تتصـل مباشرة بالحق الذى حـل فيه : انظـر : نقض ١٩٨٣/١٢/٧ (د. ١٩٨٤ — أ.ر — ٢٤٧) . هـذا ويسلم القضاء الفرنسى ، تبعـا لذلك ، بأنه اذا كان الموفى قـد حل ، بما أوفاه من الثمن ، محل البائع ، كان له ما كان لهـذا الأخير من حق فى الفسخ . انظر : نقض ١٩٦٣/٢/١٣ (د. ١٩٦٣ — ٣١٦ وتعليق فـواران) ؛ نقض ١٩٦٥/١/١ (ج.ك.ب ١٩٦٥ — ١ — ١٤١٨٧ وتعليق J.A) ؛ استئناف اميان ١٩٧٠/١/١٢ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٢ — ١٦٨٧٢ وتعليق داجو و سـبيتيرى) ؛ ويؤيد هـذا الحل ضمنا ستارك بنـد ٢٣٥٢ ؛ وانظر مع ذلك ، فى نقد هـذا الاتجاه : جوجلار (دروس مازو) بنـد ٨٥٨ .

وأساس هـذا القيد ، أن الموفى ، كما سبق أن ذكرنا ، بعيد عن المضاربة [1] . وذلك على العكس من المحال له الحق • فهـذا الأخير الذى يغلب أن يكون مضاربا . اذا اشترى حق الدائن المحيل بثمن أقل من قدر هـذا الحق وحل محله . فى الرجوع على المدين . انما يرجع بحق الدائن المحيل كله وليس بقدر ما دفعه •

٢ — اذا أوفى أحـد المدينين المتضـامنين بالدين كله للدائن ، فليس له — من ناحية — أن يرجع على باقى المدينين الا بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . كما أنه لا يجوز له . من ناحية أخرى ، أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حـق الحلول قـد رجع بدعوى الدائن » • م ٢٩٧/ ٢ •

٣ — وعلى نفس النسق المقرر لحالة رجوع المدين المتضامن الذى أوفى بكل الدين ، على باقى المدينين بدعوى الدائن . تقضى المـادة ٣٣١ بأنه « اذا وفى حائز العقـار المرهون كل الدين . وحل محل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين ، الا بقدر حصة هـذا الحائز بحسب قيمـة ما حازه من عقـار » •

ويواجه هـذا النص ، فرض ما لو كان الدين مضمونا برهن على عـدة عقارات مملوكة للمدين ، ثم انتقلت ملكية هـذه العقارات الى أشخاص متعددين ، فيكون كل منهم حائزا للعقار المرهـون . وملزما — بالتالى — بوفاء الدين عن المدين بموجب الرهن • فاذا أوفى أحـد الحـائزين بدين الدائن كله . وحـل محـله فى الرجـوع على باقى الحائزين ، فانه لا يرجع على كل منهم الا بقـدر نصيبه فى الدين ، محسوبا على أساس نسبة قيمة ما يحوزه كل منهم من عقـار . الى ما يحوزه الآخرون •

---

(١) ولذلك يسلم الفقه الفرنسى أيضا بهـذا الحكم ، وعلى نفس الأساس ، رغم عدم وجود نص فى المجموعة المدنيـة الفرنسية مطـابق للمادة ٣٢٩ مدنى ؛ انظر مثلا ستارك بنـد ٢٣٥٩ .

فلو فرضنا أن (أ) دائن بمبلغ ٦٠٠٠ جنيه ، وأن المدين قد رهن ثلاثة عقارات لضمان هـذا الدين ، قيمة العقار الأول ٩٠٠٠ جنيه ، والثانى ٦٠٠٠ جنيه ، والثالث ٣٠٠٠ جنيه • بيع العقار الأول الى (ب) ، والثانى الى (جـ) والثالث الى (د) • أوفى (ب) بحـق الدائن (أ) كاملا . وحل محله فى الرجوع على كل من (جـ) ، (د) • عندئذ يقسم الدين بين الحائزين الثلاثة : (ب) الموفى ، (جـ) و (د) بنسبة ٩٠٠٠ : ٦٠٠٠ : ٣٠٠٠ أى بنسبة ٣ : ٢ : ١ وبالتالى لا يكون لـ (ب) أن يرجع على (جـ) الا بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، وعلى (د) الا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويتحمل هو مبلغ ٣٠٠٠ جنيه • ومن هـذا الحل يتضح أن الدين ينقسم فى العلاقة بين الحائزين ، تماما كما ينقسم بين المدينين المتضامنين •

٤ — اذا كان لحائز العقار المرهون ، الذى أوفى الدين للدائن المرتهن ، أن يحل ، بموجب صريح المـادة ١٠٦١ « محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق » . الا أن هـذا الحلول لا يشمل ، وفقا لذات النص ، ما كان من هـذه الحقوق « متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين » ، ككفالة ، شخصية كانت أو عينية •

ويواجه هـذا النص فرض ما لو كان حق الدائن مضمونا برهن قدمه المدين ، وبكفالة من جانب الغير ، شخصية كانت أو عينية • ثم تنتقل ملكية العقار المرهون الى الحائز الذى يفى بالدين ويحل بما أوفى محل الدائن • فعندئذ لا يستطيع الحائز أن يرجع على الكفيل ، بمقولة أنه يحل محل الدائن فى ذات حقه بما يكفله من تأمينات • لأن النص السابق يستثنى من هـذه التأمينات ، ما قدمه شخص غير المدين ، كالكفيل •

وهـذا الاستثناء له — فى الواقع — ما يبرره • فالكفيـل ليس مسئولا عن الدين فى مواجهة الحائز ، حتى يمكن القول برجوع هـذا الأخير عليه • انه لم يكن مسئولا عن الدين الا فى مواجهـة الدائن ، وما ارتضى كفالة حق هـذا الأخير الا مطمئنا الى الرهن الذى قدمه

المدين ، والى أنه اذا اضطر الى وفاء الدين ، فانه سيحل محل الدائن فى الرجوع على المدين ، ليكفل حقه فى هـذا الرجوع نفس الرهن الذى كان للدائن الموفى له . وتصرف المدين فى العقـار المرهون الى الحائز لن يغير من الأمر شيئا . فسيظل من حـق الكفيل اذا أوفى ، أن يحل محل الدائن ، وينفذ بما أوفاه على العقار المرهون رغم انتقال ملكيته الى الحائز . والا فان القول العكسى ، ليفقد الكفيل حقـه فى الضمان الذى اعتمد عليه عندما قبل الكفالة ، وهو قول غير سائغ .

ومتى كان ذلك ، فاذا كان الحائز هو الذى أوفى ، فلن يجديه أن يرجع على الكفيل ؛ لأن هـذا الأخير اذا دفع ، سيحل بدوره محـل الدائن فى الرجوع على الحائز بدعوى الحلول ، ما دام أن هذا الأخير ، يكون بمقتضى الرهن مسئولا عن الدين تجاه الكفيل .

٥ ـــ تقضى المـادة ٣٣٠/١ (١) بأنه « اذا وفى الغير الدائن جزءا من حقـه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه (٢،٣) ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (٤) .

---

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المـادة ١٢٥٢ مدنى .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الحكم : نقض ، عرائض ، ١٨٩٩/٢/١٣ (د . ١٨٩٩ — ١ — ٢٤٦) ؛ وانظر فى مبررانه : كاربونييه ص ٤٨١ بنـد ١٣١ .

(٣) وفى هـذا الحكم مظهر من بين مظاهر اختلاف الحلول عن حوالة الحق ، فقـد سبق ان اشرنا الى انه اذا تمت حوالة جزء من حق فقط ، فان المحال له يزاحم الدائن الاصلى فى التنفيذ بالجـزء الذى احيل اليه ، على اموال المدين ، ليقتسمها كل منهما قسمة الغرماء ، كل بنسبة حقه . انظر سابقا بنـد ٢٩٧ ، وانظر ايضا جوجلار بنـد ٨٥٩ .

(٤) ويرى الفقه الفرنسى ايضا ان قاعدة عدم جواز ان يضار الدائن بما ارتضاه من الحلول الجزئى ، ليست من القواعد الآمرة ، ومن ثم فان بامكان الدائن أن يتنازل عن هـذه الميزة . انظر ستارك بنـد ٢٣٦٠ ؛ جوجلار بنـد ٨٥٩ .

وهـذا القيـد منطقى ، بحسبانه تفسيرا معقولا لارادة الدائن الذى قبل الوفاء الجزئى ، وحلول الموفى محله فى هـذا الجزء • ولولاه لكان من حق الموفى . وفقا للأصل فى الحلول ، أن يزاحم الدائن بما أوفى ، حين يرجع هـذا الأخير بما بقى له من حق على المدين • وهى نتيجـة لو كان الدائن يعلمها منذ البداية لما قبل الوفاء الجـزئى من الموفى •

فلو فرضنا أن (أ) دائن بحـق قدره ١٢٠٠ جنيه ، أوفاه (ب) بمبلغ ٨٠٠ جنيه ، وكان الثمن الذى بيع به العقار الضامن للدين هـو ٩٠٠ جنيه ، فان (أ) يستوفى من هـذا الثمن . هو أولا ، ما بقى له من حق ، وهو ٤٠٠ جنيه فلا يبقى لـ (ب) سوى ٥٠٠ جنيه • وكان مقتضى الحلول ، أن يقسم مبلغ الـ ٩٠٠ جنيـه بين الدائن والموفى بنسبة ٤٠٠ جنيه (الباقى من الحق) الى ٨٠٠ جنيه (ما دفعه الموفى) ، أى بنسبة ١ : ٢ فيكون للدائن ٣٠٠ جنيه ، وللموفى ٦٠٠ جنيه •

أما الفقرة الثانية من نفس النص ، فتواجه فرض ما لو « حـل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق » • عندئذ « رجع من حل أخيرا ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هـو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء » • فكأن ميزة التقدم ، المقررة بالفقرة الأولى ، لا تنتقل من الدائن الى من يوفى له بالباقى من الدين • اذ لا مبرر — فى الواقع — للتفرقة بين الموفين •

فلو فرضنا فى المثال السابق ، أن (جـ) أوفى الجـزء الباقى من الدين وقدره ٤٠٠ جنيه وحل محل الدائن بدوره فى هـذا الجزء . فان ثمن العقار يقسم بين من حل أولا (وهو ب) ومن حل أخيرا (وهو جـ). كل بنسبة ما دفعـه ، أى بنسـبة ٨٠٠ : ٤٠٠ ، فيكون نصيب (ب) ٦٠٠ جنيه ، ونصيب (جـ) ٣٠٠ جنيه •

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

حصر ، وتقسيم :

ذكرنا أن الالتزام قـد ينقضى بما يعادل الوفاء • ويعادل الوفاء من أسباب انقضـاء الالتزام كل من : الوفاء بمقابل ، والتجـديد ، والانابة فى الوفاء ، والمقاصة ، واتحاد الذمة • ونخصص لكل من هـذه الأسباب مبحثا مستقلا :

المبحث الأول

الوفاء بمقابل (او الاعتياض)

La dation en paiement

المقصـود به :

٣٧٨ ــ عرفنا أن الوفاء يجب أن يتم بذات (أو عين) ما التزم به المدين ، وأن من حـق الدائن أن يرفض أى بديل عنـه ولو كان مساويا له فى القيمة ، أو حتى كانت له قيمة أكبر •

غير أن الدائن قـد يقبل من المدين ــ عند الوفاء ــ مقابلا آخر ، غير ما اتفقا عليه بداءة ، فينقضى الدين بحصوله على هـذا المقابل • ويقـال عندئذ أن المدين قـد أوفى بمقابل أو بطريق الاعتياض • وفى هـذا الصـدد ، تقضى المـادة ٣٥٠ مـدنى بأنه « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق ، قام هـذا مقـام الوفاء » •

٣٧٩ ــ ويغلب فى هـذا النظام ، أن يكون المستحق أصـلا للدائن هو مبلغ من النقود ، فيقبل الاعتياض عنه بشىء ينقل المدين

ملكيته له بدلا منه • لكن قد يقع أن يكون الاعتياض بشيء عن شيء آخر أو عتي عن عمل (١) أو امتناع (٢) عن عمل يكون المدين ملتزما به أصلا في علاقته بالدائن •

طبيعته القانونية :

٣٨٠ — وقد أثارت الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل جدلا في الفقه • وليس من شك ، بادىء ذى بدء ، في أن محاولة تحديد هذه الطبيعة ، بالانطلاق من أحد الفروض التي يقع فيها هذا النظام ولو كان هو الفرض الغالب ، لابد ستنتهي الى نتيجة غير دقيقة أو قاصرة ، لا تستجيب لهذا النظام في كل فروضه ، لأن بدايتها نفسها غير صحيحة • كما أنه ليس من شك أيضا في أن الوفاء بمقابل ليس محض وفاء عادى ؛ لأنه لو كان كذلك وكان المدين بالفرض قد قدم للدائن مقابلا لا يملكه ، لترتب على بطلان الوفاء ، لعدم ملكية الموفى لما يفي به ، عودة الدين بجميع ما كان له من ضمانات ، حين أنه مع هذا النظام لا يعود الدين الأصلى الى الوجود في مثل هذا الفرض ، ولا يكون للدائن اذا ما استحق المقابل في يده الا أن يرجع على المدين بالتعويض عن هذا الاستحقاق (٣) •

٣٨١ — ولا يعتبر الوفاء بمقابل ، كذلك ، مجرد تجديد للالتزام بتغيير محله ؛ لأن التجديد اذا كان يقضى على الالتزام القديم فانما يقضى عليه بانشاء التزام جديد يحل محله ويبقى — من ثم — بعده ولو لمدة قصيرة ، فيما لا يقصد الدائن والمدين في الوفاء بمقابل انشاء التزام جديد (٤) • كما أن هذا النوع من الوفاء يقتضى حتما أن يكون

---

(١) في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٩٣ ، د. محمود جمال الدين زكي بند ٥٧٩ .
(٢) في هذا المعنى : د. محمود جمال الدين زكي ، الاشارة السابقة.
(٣) في هذا المعنى : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٣٨ .
(٤) يقترب من هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٩٢ .

الاتفاق عليه مصنوبا بتنفيذه فعلا [1] . ومن ثم فانه لا يجوز — فى هـذا النظام — أن يكون المقابل شيئا مستقبلا . أو مضـافا تسليمه الى أجل [2] .

٣٨٢ — وقـد يتبادر الى الذهن لأول وهلة : أن الوفاء بمقابل هـو بيع تليه مقاصة : فى معنى أن المدين يبيع للدائن الشىء الذى يقدمه بديلا عن الدين النقدى الأصلى . بثمن يعادل تماما قيمة هـذا الدين ، لتقع المقاصة بعد ذلك بين الدين والثمن • وواضح أن مثل هذا التكييف — اذا صح — لا يواجه كل فروض الوفاء بمقابل ؛ اذ لا يصح الكلام عن بيع . مثلا ، اذا كان ما يستعاض عنـه بنقل ملكية الشىء هو شىء آخر . أو من باب أولى عمل أو امتناع عن عمل [3] • هـذا الى أن بعض أحكام البيع لا تنطبق على الوفاء بمقابل : فانتقال الملكية . فى البيع ، لا يكون بالضرورة من فور التراضى . وكذلك تسليم الشىء المبيع ؛ كما يجوز أن يكون هـذا الأخير شيئا مستقبلا . فيما يلزم — فى الوفاء بمقابل : كمـا ذكرنا . أن يكون انتقال ملكية الشىء البديل وتسليمه للدائن ، مصاحبا لتقبل هـذا الأخير لمبدأ الاعتياض [4] • ويضاف الى ذلك أن من شأن اعتبار الوفاء بمقابل بيعا للشىء البديل : أنه لو ظهر للموفى ؛ بعد الوفاء : أن الدين الذى باع المقابل من أجـل سداده للدائن غير موجود . أو أنه نشأ عن تصرف باطل ، لم يجز له أن يسترد المقابل وان كان له أن يطالب بثمنه [5] : فيما تسمح قواعد الوفاء بمقابل — على العكس — بهذا الاسترداد : من طريق دعـوى

---

(١) فى هـذا المعنى : جوجلار بند ٨٩٠ . د. البدراوى بند ٣٤٦ . د. محمود جمال الدين زكى بند ٥٧٩ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار بنـد ٨٩٠ .

(٣) انظر فى هذا المعنى . جوجلار بنـد ٨٩٣ .

(٤) فى هـذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٦٢٩ . جوجـلار بنـد ٨٩٣ ؛ ايمـسـار . تعليق على نقض فـرنسى ا تجارى ؛ ١٩٧٢/٦/٢٠ (د. ١٩٧٣ — ٣٢٥) .

(٥) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٦٠ « وان كانا يستدركان على ذلك حالة ما اذا كان وجود الدين قد اشترط كشرط للبيـع » .

رد غير المستحق [١] .

٣٨٣ — والرأى السائد أن الوفاء بمقابل هو نظام قانونى مركب ، أو مختلط : اذ هو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . ويعنى ذلك أن الدين الأصلى فيه لا ينقضى بالوفاء ، ولا بالمقاصة ، وانما ينقضى بالتجديد . أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى فينقضى بالوفاء به عينا من طريق نقل ملكية الشىء البديل . على أن تتم العمليتان ، عملية التجـديد والوفاء بالالتزام الجديد ، فى نفس الوقت [٢،٣] .

أحكام الوفاء بمقابل فى صورته الغالبة :

٣٨٤ — واجهت أحكام الوفاء بمقـابل المـادة ٣٥١ سـابقة الذكر ، وذلك فى الفرض الغالب الذى يقع فيه ، حين يعـرض المدين

---

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٦١ بنـد ٨٣٨ ، د. البدراوى بنـد ٣٤٦ ، وانظر فى عيب آخر لهـذا التكييف أشار اليه د. السنهورى ج ٣ بنـد ٤٧٨ . كذلك يعيب مارتى ورينـو على هـذا التصوير أنه يجزىء بشكل مصطنع ، على وقتين ، عملية ، هى بوضوح عملية واحدة فى قصد المتعاقدين بنـد ٥٩٠ .

(٢) من هـذا الاتجـاه فى مصر : د. السنهورى ج ٣ بند ١٨٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى بند ٢٨١ ، د. اسماعيل غانم بند ٢٥١ ، ومن الفقـه الفرنسى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٦٢٦ ، جوسران بنـــد ٩٢٨ وقرب : كاربونييه بنـــد ١٢٨ ، ص ٤٧١ ؛

وانظر — مع ذلك — تكييف الدكتور البدراوى له بأنه « عقد خاص ، يقصد به تمليـك عين فى مقابل دين » بنـد ٣٤٧ .

(٣) ويشير الفقه الفرنسى الى ان واضعى مجموعتهم المدنيـة ، يقدمون الوفاء بمقابل — اخذا بتقاليد القانون الفرنسى القديم — بحسبانه وفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكنه وفاء استثنائى ، أو بعبارة أخرى من نوع خاص ، لخروجه على المـادة ١٢٤٣ حيث انه يقضى على الدين ليس بذات الشىء المستحق كما تستوجب هذه المـادة ، وانمـا بالشىء الذى يقـدمه المدين كمقابل .

أنظر : جوجلار بند ٨٩٤ (وهو يصفه تبعا لذلك بأنه وفاء خاص جدا Payement trés Partieulier) . وانظـر ستارك بنـد ٢٣٨٧ الذى يرى فيه يشبه التجديد بتغيير المحل ، ولكنه يمكن تقريبه أيضا من البيـع أو المقايضـة .

على أنه نقل ملكية شيء فى مقابل الدين . فقضت بأنه « يسرى على الوفاء بمقابل فيما اذا كان ينقل ملكية شيء أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع . وبالأخص ما يتعلق منهـا بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية • ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » •

فكأن أحكام الوفاء بمقابل . فى صورته الغالبة ، هى بموجب هذا النص . مزيج من أحكام البيع وأحكام الوفاء ، وذلك على التفصيل التالى :

(أ) ما يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيـع :

٣٨٥ — يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيع : فكرة ضمان الاستحقاق • فاذا كان الشيء الذى نقل المدين ملكيته للدائن كمقابل للوفاء ، غير مملوك له ؛ ومن ثم استحق فى يد الدائن ، كان لهذا الأخير أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ؛ تماما كما يرجع المشترى على البائع • ولكن الدين الأصلى لا يعود • حين أنه لو طبقنا أحكام الوفاء فى هـذا الفرض . لكان للدائن ، اذا استحق الموفى به تحت يده ، أن يعود الى مطالبة المدين بالدين الأصلى ، حيث لم ينقض هـذا الأخير • اذ يشترط فى الوفاء حتى يقضى الدين ، أن يكون الشيء الموفى به مملوكا للمدين •

كما يسرى عليه من أحكام البيع أيضا ، فكرة ضـمان العيوب الخفيـة (١) • وكذلك ضرورة تسـجيل العقـد المتضـمن للوفاء

---

(١) فى هـذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بنـد ٦٢٩ ، وانظر — مع ذلك — نقض فرنسى (عرائض) ١٩٠٣/٣/٢٤ (د. ١٩٠٤ — ١ — ٤٨١) •

بمقابل [1] ، حتى يمكن ترتيب أثره ، اذا كان محل هذا الوفاء عقارا •

وفضلا عما تقدم ، يشترط فى الوفاء بمقابل ، أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين ، وأن يكون المدين أهلا للتصرف فى الشىء [2] الذى يقدمه كمقابل للوفاء •

(ب) ما يسرى على الوفاء بمقابل من احكام الوفاء :

٣٨٦ — يترتب على الوفاء بمقابل ، انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الدين الأصلى ، حتى ولو كان الموفى غير مالك للمقابل الذى أوفى به • وقد حرص المشرع على النص على هذا الأثر صراحة فى خصوص الكفالة ، حين نص فى المادة ٧٨٣ مدنى بأنه « اذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء » [3] •

كما يسرى عليه من أحكام الوفاء ، ما قرره المشرع فى خصوص تعيين جهة الدفع (خصم المدفوعات) ، عندما يكون للدائن فى ذمة المدين عدة ديون •

المبحث الثانى

التجـديد

La novation

التعريف به ، ومدى اهميته :

٣٨٧ — يقصد بالتجديد ، الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم ، بانشاء التزام جديد يحل محله ، ويختلف عنه ، اما فى محله أو فى مصدره ، أو فى أحد طرفيه • أو هو بعبارة أخرى ، تحوير اتفاقى

(١،٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، جوجلار بند ٨٩٩ •

(٣) وتتفق بنفس الحكم ايضا المادة ٢٠٣٨ مدنى فرنسى ، وانظر فى تطبيق لها : نقض فرنسى ١٨٨٨/١٠/٢٣ (د• ١٨٨٩ — ١ — ١٦٧) •

فى أحـد العناصر الجوهرية للالتزام الأصلى . بهـدف انشاء التزام جديد يحل محله .

٣٨٨ — ونظام التجديد ، بما يؤدى اليه من امكان تغيير الدائن أو المدين : كانت له أهميته فى القانون الرومانى ، الذى كان ينظر الى الالتزام باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، يستحيل حوالتها الى شخص آخر والا انهارت هذه الرابطة (١) . أما اليوم فان أهميته قـد تناقصت الى حـد بعيد ، بحيث يندر فى الواقع اللجوء اليه فى العمل . خاصة فى الشرائع التى تعرف حوالة الدين الى جانب حوالة الحق ، كما هو الحال فى القانون المصرى (٢) . ففى هـذه الشرائع . يغنى نظام الحوالة عن تجديد الالتزام بتغيير أحـد طرفيه . كما أن نظـام الوفاء بمقابل قـد يؤدى نفس الدور الذى يؤديه التجـديد بتغيير الدين . وقـد ساعد على تناقص أهمية التجديد أن انعقاده . فى بعض الصـور . قـد يستلزم من الشروط ما هو أكثر من شروط انعقاد الحوالة . كما أنه يفقد الدائن الجديد من المزايا ما يظل بها للمحال له فى حوالة الحق ، وذلك على التفصيل الذى سنراه فيما بعد .

تقسـيم :

ونقسم الدراسـة فى التجـديد الى مطلبين : نخصص أولهمـا لشروطه ، لنكرس الثانى لآثاره .

---

(١) راجع فى تفاصيل ذلك ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٠٩ .

(٢) ونظرا لأن القانون الألمـانى يعرف حوالة الدين ، الى جانب حوالة الحق ، فان الملاحظ أن المجموعة المدنية الألمـانيـة لم تذكر نظـام التجديد ، واستغنت بالحوالتين عن التجديد بتغيير الدائن والتجديد بتغيير المدين . أما الفرض الخاص بالتجديد بتغيير الدين فقد جعلت منه حالة خاصة من حالات الوفاء بمقابل (فى المـادة ٣٦٤ — ٢) . راجع فى هـذا الشأن جوجلار بنـد ١٢٠٩ .

(٣) ونظرا لأن القانون الفرنسى لم ينظم حوالة الدين ، فان الفقـه هناك يرى أن التجديد ما تزال له أهميته فى هذا القانون ، فى مجال تغيير المدين . أنظر جوجلار بنـد ١٢٠٩ .

المطلب الأول

شروط التجديد

٣٨٩ — لما كان التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام ، عن طريق الاتفاق على انشاء التزام جديد يحل محله ؛ فانه يفترض توافر شروط ثلاثة : وجود التزام قديم ، ونشوء التزام جديد ، واتجاه النية ، عند الاتفاق على التجديد ، الى احلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم ، وهو ما يعبر عنه بنية التجديد •

اولا — ضرورة وجود التزام قديم :

٣٩٠ — لما كان الالتزام الجديد لا ينشأ الا بغرض أن يحل محل التزام قديم . بما يجعل من التجديد — كما سبق أن أشرنا — طريقا من طرق انقضاء الالتزام ؛ فانه لا يمكن تصور وجود التجديد اذا كان الالتزام القديم نفسه غير موجود ؛ لأن الاتفاق الذى أنشأ الالتزام الجديد سوف يعتبر — بالضرورة — باطلا فى هذه الحالة ، لتخلف سببه • ويتفرع على ذلك ، أن الاتفاق على التجديد يبطل اذا كان الالتزام القديم قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء ؛ أو كان قد نشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقا ، اذ يعتبر معدوما فى نظر القانون [1] •

ولما كان التصرف القابل للابطال يعتبر موجودا من الوجهة القانونية الى أن يقضى بابطاله ؛ فانه يجوز بالتالى تجديده . وان كان مصير هذا التجديد سيكون مرهونا بمصير الالتزام القديم • فاذا أبطل التصرف مصدر هذا الالتزام ، بطل التجديد تبعا لذلك • اللهم

---

(١) بما يترتب عليه عدم صلاحيته للتجديد ، انظر فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ ، نقض ١٩٧٤/١٢/٨ المجموعة ٢٥ — ٥٩ — ٣٥٨ ، وانظر أيضا حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٥/٢ وقد جاء فيه ان : القضاء نهائيا برفض دعوى صحة التعاقد، تأسيسا على تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن ، يترتب عليه امتناع الادعاء بانقضاء الالتزام بدفع الثمن بتجديده ، المجموعة ٢٦ — ١٩٨ — ١٠٤٠ .
وانظر من الفقه الفرنسى : جوجلار بند ١٢١٥ .

الا اذا كان التجديد قـد تم مع الطرف الذى كانت قابلية التصرف الأصلى للابطال مقررة لمصلحته ، ذلك أن اقدامه على التجديد رغم علمه بحقه فى طلب الابطال ، يعتبر اجازة ضمنية للتصرف القابل للابطال ، فيستقر التجديد • وفى هـذا الشأن تقضى المـادة ٢/٢٥٣ مدنى بأنه « اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقـد قابل للابطال ، فلا يكون التجديد صحيحا ، الا اذا قصد بالالتزام الجـديد اجازة العقد وأن يحل محله » (١)(٢) •

ثانيا — ضرورة نشوء التزام جديد :

٣٩١ — ويفترض هـذا الشرط من ناحية ، أن ينشأ التزام يحل محل الالتزام الأصلى ، وأن يكون هـذا الالتزام ، من ناحية أخرى ، جديدا ، يختلف عنه فى أحـد عناصره •

(أ) نشأة التزام يحل محل الالتزام الأصلى :

٣٩٢ — ان الالتزام الأصلى فى التجديد لا ينقضى الا لنشأة التزام جديد يحل محله • ومن ثم فلا يتصور التجديد ، ويبقى الالتزام القديم قائما ، اذا لم ينشأ الالتزام الجديد •

وعلى ذلك ، فاذا كان الاتفاق على انشاء الالتزام الجديد باطلا بطلانا مطلقا ، أى لا وجود له فى نظر القانون ، فلا يتجدد الالتزام

---

(١) ورغم ان المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصـا مماثلا ، الا أن الفقـه الفرنسى يسلم ايضا بنفس الحكم ، أنظر مثلا : جوجلار بنـد ١٢١٥ ، ستارك بند ٢٣٦٤ ، مارتى ورينو بند ٨٣٤ ، كاربونييه بند ١٣٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ (وهو يشترط — بحق — أن يكون سبب الابطال قد زال عند الاتفاق على التجديد) .

(٢) راجع فى امكان تجـديد الالتزام الشرطى ، حيث يكون الالتزام الجديد شرطيا هو الآخر : جوجلار بند ١٢١٥ ، مارتى ورينـو بند ٨٣٤ « ما لم يكن الطرفان قد قصدا بوضوح ان يستبدلا بالالتزام الشرطى القديم التزاما بسيطا جديدا » .

وراجع فى الشك فى امكان تجديد الالتزام الطبيعى : مارتى ورينـو بنـد ٨٣٤ .

القديم ، ويظل باقيا على أصله [١] . وفى هــذا المعنى تقضى المــادة ١/٣٥٣ بأنه : « لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قــد خلا كل منهما من أسباب البطلان » . أما اذا كان هــذا الاتفاق قابلا للابطال ، وقع التجديد صحيحا ، وان ظل مصيره مرهونا بمصير هــذا الالتزام الجديد ، فاذا أبطل هــذا الاتفــاق ، بقى الالتزام القديم على حاله [٢] . ولمــا كان من شأن فسخ التزام ما أن يزول بأثر رجعى ، ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية ، فانه اذا ما فسخ الالتزام الجديد ، فان التجديد يعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يعود الالتزام القديم الى الظهور [٣] .

(ب) اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم :

٣٩٣ — ويفترض التجديد ، كما يدل على ذلك اسمه ، أن يكون هناك تحوير فى الالتزام القديم ، بحيث تتغير أحد عناصره الجوهرية : فاما أن يتغير الدائن ، أو يتغير المــدين ، أو يتغير الدين ذاته بتغيير محله أو مصدره ، وذلك على التفصيل التالى :

١ — التجــديد بتغيير الدائن :

٣٩٤ — وهــو يتم وفقــا للمادة ٣/٣٥٢ « اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هــذا الأجنبى هو الدائن الجديد » .

---

(١) انظر : من تطبيقات القضاء الفــرنسى : نقض ١٩٦٦/١١/٢٨ (ج. ب ١٩٧٠ — ١ — ملخص — ١٨ ، د. ١٩٧٠ — ملخص — ١٠٥) ؛ نقض ١٩٣٩/٣/١٤ (ج.ب ١٩٣٩ — ١ — ٧٦٣ ، ر.ت ١٩٣٩—٧٧٢).

(٢) وانظر — مع ذلك — ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، من انه اذا ما كان بطلان الالتزام الجديد يرجع الى تدليس أحد المتعاقدين ، فانه اذا ما قضى بابطاله بنــــاءا على طلب المدلس عليه ، فان الالتزام القديم لا يعود الى الظهور ، ما دام الطرفان قد اتفقا على انقضائه : نقض ١٩٧٠/٥/٥ (ج.ب ١٩٧٠ — ٢ — ملخص — ٥٦) ، وانظر فى تعجب ستارك من مثل هــذا القضاء بنــد ٢٣٦٩ .

(٣) فى هذا المعنى : جوجلار بنــد ١٢١٦ ، مارتى ورينو بند ٥٠٩ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٣٩/٣/١٥ (ج.ب ١٩٣٩— ١ — ٧٦٣) .

ويبدو — على الفور — الفرق فى طريقة الانعقاد بين هـذه الصورة من التجديد وحوالة الحق ؛ رغم أن شخص الدائن الأصلى فى كليهما هو الذى يلحقه التغيير • ففى التجديد بتغيير الدائن . يلزم أن يشترك المدين فى استبدال شخص الدائن . حين أنه لا يلزم فى حوالة الحق موافقـة المدين ؛ وان لزم اعلانه بالحوالة • بل ويختلف النظامان فى الآثار : اذ يحـل الدائن الجديد — فى الحوالة — فى ذات الحـق الذى للدائن القديم ، بما يجعل من حقه أن يفيد من التأمينات التى كانت تضمن هـذا الأخير . حين أنه يترتب على التجديد — من حيث الأصل — انقضاء الدين القديم فتزول معـه تأميناته . الأمر الذى يجعل الدائن الجديد يفضل حوالة الحق على التجديد •

٢ — **التجديد بتغيير المدين :**

٣٩٥ — وهو يتم وفقا للمادة ٢/٣٥٢ باحدى طريقتين :

— أن يتفق « الدائن مع أجنبى . على أن يكون هـذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه » • ويطلق على هذه الصورة من صور التجديد التعهد بالوفاء •

— واما أن يحصل « المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى ؛ قبل أن يكون هو المدين الجديد » • على أن تبرأ ذمة المدين الأصلى ؛ فينعقد الاتفاق هنـا برضاء الثلاثة ؛ وهو ما يطلق عليه اصطلاحا ؛ الانابة الكاملة •

٣٩٦ — ويظـل هناك فارق هام بين التجديد بتغيير المدين وحوالة الدين ، لمـا يترتب على الأول من انقضاء الدين القديم نهائيا ، حين يحل المدين الجديد — فى حوالة الدين — فى ذات هـذا الدين ؛ بصفاته ، وتوابعه ، وتأميناته ، ودفوعه •

٣ — التجديد بتغيير الدين :

٣٩٧ — ويرد التحوير هنا على الدين نفسه ، فيتغير محله ، أو مصدره . ومن ثم فالتجديد فى هــذا الفرض لا يتصور الا بين الدائن والمدين فى نفس رابطة الالتزام الأصلى . وفى هــذا الصدد ، تقضى المــادة ٣٥٢ بتجديد الالتزام بتغيير الدين « اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره » .

ومثال الاختلاف فى المحل ، أن يستبدل الطرفان ، بدفع مبلغ من النقود ، نقل ملكية عين معينة أو العكس . وهنــا قــد يختلط الأمر بفكرة الوفاء بمقابل . حــين أنه ، يبقى على العكس ، فارق هام بين النظامين ، فى أن الاتفاق على الوفاء بمقابل ، ينفذ فــورا ، بتسليم المدين للمقابل الذى يرتضيه الدائن ، فيتم الوفاء على الفور . حين أن التجديد بتغيير المحل ، يقضى على الالتزام القديم ، بانشاء التزام جديد يحل محله . هــذا الالتزام الجديد لا ينقضى من فوره ، وانما يبقى الى حين تنفيذه بدوره على الوجه الذى اتفق عليه الطرفان .

ومثال التجــديد بتغيير مصــدر الدين ، أن يستبقى المشترى، أو المستأجر ، دين الثمن أو الأجرة ، على سبيل القرض . حين يفقد البائع والمؤجر ، بهذا التجديد ما كان لهما من امتياز قانونى فى استيفاء هــذا الدين .

ثالثا — نيــة التجديد :

٣٩٨ — لمــا كان التجديد عقدا ، به يستبدل الطرفان ، بالتزام قديم ، التزاما آخر يحل محله ، فانه ككل عقد ، يلزم فيه أن تتجه نيــة الطرفين الى هــذا الاستبدال . بمعنى الى القضــاء على الالتزام القديم بانشاء التزام جديد يحل محله . ولا خصوصية للتجديد من هــذه الزاوية . ومع ذلك ، حرص المشرع على ابراز هــذا الشرط

صراحة : حين نصت المادة ١/٣٥٤ على أن « التجديد لا يفترض : بل يجب أن يتفق عليه صراحة : أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » (١،٢) .

ولعل حرص المشرع على هذا الاشتراط : أنه كثيرا ما يدق تحديد نية الطرفين : عندما يتجهان الى انشاء التزام جديد : وما اذا كانا يقصدان من هذا الالتزام أن يحل محل الالتزام القديم ، أو يبقى الى جانبه : أو يقصدان باتفاقهما الى مجرد تأييد الالتزام القديم وتأكيده . ومن ثم فبموجب هذا النص : يشترط أن تبرز نية التجديد بوضوح : وذلك اما بالنص على التجديد صراحة فى العقد : أو باستخلاصه من ظروف تقطع فى الدلالة عليه : والا فان الشك يؤول الى نفيه (٣) .

وقد أكد المشرع هذا المعنى : حين ضمن المادة ٢/٣٥٤ بعض الوقائع التى اعتبرها — بذاتها — غير كافية لاستخلاص نية التجديد . فنصت هذه المادة على ما يأتى : « وبوجه خاص : لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته :

---

(١) وان كان ذلك لا يعنى ضرورة ان يتضمن اتفاق الطرفين صريح لفظة التجديد . بل لا يلزم — فى نظر البعض — ان يذكر الطرفان صراحة انهما يتنازلان عن الالتزام الأول ؛ انظر فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٦٧ .

(٢) وفى هذا المعنى ايضا نص المادة ١٢٧٣ مدنى فرنسى . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : نقض ١٩٨٣/١/٣١ (د. ١٩٨٣ — أ.ر — ١٨٤) ، نقض (تجارى) ١٩٦٩/٦/٣ (ر.ت ١٩٧٠ — ٣٥١ وتعليق لوسوارن) .

(٣) ويبدو ان مسألة استظهار النية فى هذا المعنى هى مسألة واقع ، تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع . انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (عرائض) ١٩٠٨/١٢/٢٨ (د. ١٩٠٩ — ١ — ٢١٤) ، نقض ١٩٢٥/٧/٧ (د. ١٩٢٧ — ١ — ٢٢) ، نقض ١٩٢٨/١٢/١٧ (د.أ ١٩٢٩ — ٤٩) ، استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٠) ١٩٥٧/٣/١١ (ج.ب ١٩٥٧ — ١ — ٣٢٤ ومرافعته كومبالديو) استئناف نانسى ١٩٤٩/١٠/١٩ (د. ١٩٥٠ — ملخص — ١٢) ، استئناف روان ١٩٧٠/٦/١٠ (د. ١٩٧٠ — ٦٤٠) .

ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة » • كما قضت المادة ٣٥٥ فى نفس المعنى بأنه :

« ١ — لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار •

٢ — انما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره » •

وهكذا ينظر المشرع الى هذه الأمور التى وردت فى النصين ، على أنهـا من الأمور الثانوية ، بحيث أن ادخالها على الالتزام الأصلى لا يعتبر تحويرا جوهريا فيه ، يمكن أن يستفاد منه التجديد • فكأن هـذه الوقائع — بذاتها لا تفيد معنى التجديد • اللهم الا اذا وجد اتفاق صريح يقضى بوقوع التجديد لمجرد أمر من هـذه الأمور • وهو الاستدراك الذى حرص المشرع على ادراجه آخر المادتين السابقتين •

المطلب الثانى

آثار التجديد (١)

٣٩٩ — يترتب على التجديد من ناحية ، انقضاء الالتزام القديم ، ومن ناحية أخرى ، انشاء التزام جديد يحل محله •

اولا — الأثر المسقط للتجديد :

٤٠٠ — التجديد — كما سبق أن ذكرنا — طريق من طرق انقضاء الالتزام • فاذا ما تم مستوفيا شرائطه القانونية ، انقضى به الالتزام الأصلى (٢) ، لتسقط معه بالتبعية جميع توابعه وضماناته ، وذلك بشكل نهائى لا رجعة فيه • فلا يكون بامكان الدائن ، اذا لم يف المدين بالدين الجديد ، أن يفيد من الضمانات التى كانت تضمن الالتزام القديم •

---

(١) راجع فى تفاصيل الآثار التى يرتبها التجديد فى القانون الفرنسى : جوجلار بند ١٢٢٧ — ١٢٣٠ ، ستارك بند ٢٣٧٠ — ٢٢٧٢ • مارتى ورينو بند ٨٤٠ ، كاربونييه بند ١٣٥ ص ٤٩٧ ، ٤٩٨ •

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ٩٠) ، ١٩٥٧/٣/١١ (ج.ب ١٩٥٧ — ١ — ٣٢٤ ومرافعة كومبالديو) •

٤٠١ — ومع ذلك قد يجيز المشرع — استثناء — أن تنتقل التأمينات لتضمن الدين الجديد • مثال ذلك ، ما ورد النص عليه فى خصوص الحساب الجارى ، فى المادة ٢/٣٥٥ ، حين قضت بأنه « ••• يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره • على أنه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص . فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » •

وقد تنتقل التأمينات — اتفاقا — لتضمن الدين الجديد • وقد نظم المشرع امكان هذا الانتقال ؛ حين فرق فى هذا الشأن ؛ بين نوعين من التأمينات ؛ على التفصيل التالى :

(أ) التأمينات العينية التى قدمها المدين نفسه :

٤٠٢ — هذه التأمينات يمكن أن تنتقل اتفاقا بموجب المادة ٣٥٧ لتضمن الدين الجديد • على أنه يشترط حتى ينفذ هذا الاتفاق فى حق الغير : أن يتم — من ناحية — مع التجديد فى آن واحد . اذ لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات ، فانها تنقضى بالتبعية لانقضاء الدين القديم على أثر التجديد ؛ فلا يمكن بعثها من جديد مرة أخرى • وأن يكون تاريخ كل من التجديد والاتفاق على نقل التأمينات ثابتا — من ناحية أخرى — بوجه رسمى • كما أنه يلزم فضلا عن ذلك . اذا كان التأمين عقاريا ؛ أن يؤشر بالاتفاق على نقله ، على هامش القيد الأصلى •

٤٠٣ — غير أن طريقة الاتفاق على نقل هذه التأمينات تختلف حسب الفروض المختلفة للتجديد ؛ وذلك على النحو التالى :

١ — اذا كان التجديد بتغيير الدين ، فان هذه التأمينات يمكن أن تنتقل ؛ بالاتفاق بين الدائن والمدين ؛ وذلك « فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير » م ٣٥٧/أ • فاذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم ، فان التأمين لا يضمن من الدين الجديد الا فى حدود

قدر الدين القديم ، وذلك حماية لدائن ذى تأمين عينى تال فى المرتبة ، على نفس العقار الذى يرد عليه تأمين الدائن ، الذى أجرى التجديد مع المدين • فلو فرضنا أن (أ) دائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويضمن حقه فى مواجهة المدين رهن قدمه هـذا الأخير على عقار قيمته ١٥٠٠ جنيه • وكان ذات العقار مرهونا لـ (ب) وهو دائن تالى فى المرتبة لقاء دين قدره ٥٠٠ جنيه • فاذا جدد (أ) الدين مع المدين ، واتفق على نقل التأمين ليضمن الدين الجديد ، وكان مقدار هـذا الأخير ١٥٠٠ جنيه . فانه رعاية لحق (ب) ، لا يضمن الرهن من الدين الجـديد الا ١٠٠٠ جنيه فقط •

٢ ـ واذا كان التجديد بتغيير المدين « جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية ، دون رضاء المدين القديم » م ٣٥٧/ب • ومعنى ذلك أن المدين القديم يصبح دون رضائه كفيلا عينيا للمدين الجديد •

٣ ـ أما اذا كان التجـديد بتغيير الدائن « جـاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » م ٣٥٧/ج •

(ب) التأمينات المقدمة من الغير :

٤٠٤ ـ أما التأمينات المقـدمة من الغـير ، شخصية كانت (كالكفالة أو التضامن) أو عينية ، فانهـا لا تنتقل لتضمن الالتزام الجديد « الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » م ٣٥٨ •

ثانيا ـ الأثر المنشىء للتجـديد :

٤٠٥ ـ ويترتب على التجديد ، الى جانب أثره المسقط ، انشاء التزام جديد ، له خصائصه الذاتية المستقلة عن الالتزام القـديم • ولمـا كان التجديد اتفاقا ، فان الالتزام الجديد يكون دائما التزاما عقديا • حين أن الالتزام القديم قـد يجد مصدره فى غير العقد •

ولما كان الالتزام الجـديد الذى نشأ ، انمـا يسقط الالتزام القـديم ، فان معنى ذلك ، أن المدين — حين يكون التجديد بتغيير الدائن — لا يعد بامكانه أن يدفع فى مواجهة الدائن الجديد ، بالدفوع التى كان يمكن أن يبديها فى مواجهـة الدائن الأصلى • مع ملاحظة ما سبق أن ذكرناه ، من ضرورة أن يكون الالتزام القديم قـد نشأ على نحو صحيح • والا فاذا كان يجد مصدره فى تصرف باطل . فبطل التجديد تبعا لذلك ، فان المدين يستطيع أن يدفع بهذا البطلان • كما أن للمدين . اذا كانت قابلية الالتزام الأصلى للابطال مقررة لمصلحته . أن يطلب ابطاله ، فيسقط التجديد بالتبعية لبطـلان العقد الأصلى . ما دام أنه لم يستخلص من التجديد اتجاه نيـة المدين الى التنازل عن حقـه فى الابطال •

المبحث الثالث

الانابة فى الوفاء

La délégation

تعريفهـا :

٤٠٦ — الانابة فى الوفاء هى عمـل قانونى . بموجبـه يلتزم شخص أجنبى عن الدين ، بوفاء دين المدين لدائنـه ، وذلك باتفاق ثلاثتهم •

فاذا كان مؤدى هـذا الاتفاق أن تبرأ ذمة المدين ، ويتحمل هذا الأجنبى الدين عنه ، كانت الانابة كاملة • أما اذا لم يتضمن الاتفاق هـذا المعنى ، تحمل هـذا الأجنبى الدين الى جانب المدين ، وكانت الانابة ناقصـة •

وتتميز الانابة — وهى فى ذلك تختلف عن حوالة الدين — بوجود ثلاثة أطراف منذ البداية • المدين ، ويقال له (المنيب) ، والأجنبى عن الدين ، ويقال له (المناب) ، والدائن ، ويقال له (المناب لديه) •

الفــرض منها :

٤٠٧ — ويغلب فى الانابة أن تكون هناك علاقة سابقة بين المنيب والمناب ، يكون فيها الثانى مدينا للأول • فيحصل المنيب على رضاء دائنــه (المناب لديه) بالتزام المناب بالوفاء بالدين بدلا منه ؛ ويرتضى المناب تحمل هــذا الالتزام قضــاء لدينه بدوره فى مواجهة المنيب • فاذا اتفق ثلاثتهم ، انقضى بعملية واحــدة ، دين المناب فى مواجهة المنيب ، ودين المنيب فى مواجهــة المناب لديه • ونشأ محل هــذين الدينين علاقة واحدة بين المناب والمناب لديه •

غير أن علاقة المديونية هذه ، ليست شرطا للانابة • وفى هذا المعنى تقضى المــادة ٢/٣٥٩ مدنى بأنه « ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى » • ولذلك ، فقد يقصد المناب من قبول الانابة ، اما التبرع بقيمة ما يلتزم به فى مواجهة المناب لديه للمنيب ، أو الى اقراضه هــذه القيمة على أن يطالبه بهــا بعد ذلك •

نوعاها :

٤٠٨ — تكون الانابة ، كمــا ســبق أن ذكرنا — اما كاملة أو ناقصــة •

اولا — الانابة الكاملة :

٤٠٩ — تكون الانابة كاملة ، اذا تضمن الاتفاق عليها ، أن تبرأ ذمة المدين الأصلى (المنيب) فى مواجهة الدائن (المناب لديه) وذلك بحلول المناب محله • وهى بهذا الشكل تتضمن معنى تجــديد الدين بتغيير المدين • ولعل هــذا هو السبب الذى جعــل المشرع يعالج الانابة (فى صورتيها) فى الفصل المخصص لتجديد الالتزام •

وتفترض الانابة الكاملة — تماما كما يفترض التجديد — توافر الشروط التالية :

١ — أن يكون الاتفاق عليها صريحا : أى قاطعا فى الدلالة على أن ذمة المدين (المنيب) ستبرأ بالانابة ، فى مواجهة الدائن (المنـاب لديه) ؛ لأن التجديد — كما سبق أن ذكرنا — لا يفترض • ومع ذلك . فقـد حرص المشرع على ابراز هـذا الشرط ، حين قضى فى المـادة ٢/٣٦٠ بأنه « ••• لا يفترض التجديد فى الانابة » [1] •

٢ — أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضـاه المناب صحيحا م ٣٦٠/ ١ • وهـذا الشرط تقتضيه — بدوره — فكرة التجديد ، ما دام أن الالتزام القديم لا ينقضى — فى التجديد — الا بنشوء التزام جديد يحل محله . الأمر الذى يفترض أن يكون هـذا الأخير صحيحا • وعلى نفس النسق ، لا تبرأ ذمة المدين الأصلى (المنيب) فى مواجهة الدائن (المناب اليه) الا اذا كان الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا•

٣ — « ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة » م ١/٣٦٠ • ورغم ما قـد يبدو للوهلة الأولى ، من أن هـذا الشرط مما تنفرد به الانابة الكاملة . الا أن تحليله ، يظهر فى الواقع ، امكان رده الى شرط نشوء الالتزام الجديد ، حتى يمكن أن ينقضى الالتزام القديم فى خصوص التجديد • فالأثر المسقط للتجديد ، يفترض كمـا سبق أن ذكرنا — ضرورة نشوء الالتزام الجـديد ، والا فاذا نشأ هـذا الأخير قابلا للابطال لمصلحة الدائن : كان له أن يبطله ، ليرجع بدينه على المدين القديم . باعتبار الالتزام القديم لم ينقض • وعلى نفس النسق ، اذا كان المناب معسرا وقت الانابة ، فلا يعقل أن يقبلها المناب لديه الا عن غلط فى ملاءة المناب • فيكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب لديه قـد نشأ قابلا للابطال لمصلحته • فيكون التجـديد فى الانابة قابلا للابطال بدوره ، بما يسمح للمناب لديه أن يرجع على مدينه الأصلى (المنيب) •

---

(١) وعلى نفس النسق تقريبـا يجـرى نص المـادة ١٢٧٥ مدنى فرنسى •

ثانيا — الانابة الناقصة :

• ١٤ — اذا لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد الالتزام بتغيير المدين فى الانابة ؛ وقعت هذه الأخيرة ناقصة [١] • وهذا هو الأصل فى الانابة ، اذ يغلب ألا يقبل الدائن (المناب لديه) بهذا النظام ، براءة ذمة مدينه الأصلى (المنيب) . وانقضاء التزامه • ويكون مؤدى الانابة فى هذه الصورة . أن يبقى المدين الأصلى (المنيب) ملزما بالدين الى جانب المناب فى مواجهة المناب لديه ؛ بما يجعل للانابة هنا دور التأمين الشخصى : اذ يصبح للدائن مدينين : المدين الأصلى (المنيب) ، والمدين الجديد (المناب لديه) • ويكون له أن يرجع على أى منهما بحقه • وهذه صورة من صور الالتزام التضاممى الذى يتميز عن الالتزام التضامنى بتعدد المصدر فيه • وهنا اذا كان محل التزام كل من المدين الأصلى (المنيب) والمدين الجديد (المناب) واحدا . وكان من حق الدائن أن يرجع على أيهما ، الا أن لالتزام كل مدين منهما مصدرا مستقلا عن التزام الآخر : فالتزام المدين الأصلى يجد مصدره فى العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن ، أما مصدر التزام المدين الجديد فهو عقد الانابة • حين يفترض الالتزام التضامنى — على العكس — وحدة مصدر الالتزام الذى يتضامن المدينون جميعا فى وفائه للدائن •

فاذا اختار الدائن أن يرجع على المدين الجديد (المناب) ، وأوفى هذا الأخير بالدين ، انقضت ديون ثلاثة : دين المناب فى مواجهة المناب لديه ، ودين المنيب فى مواجهة المناب لديه : ودين المناب فى مواجهة المنيب اذا كانت بينهما علاقة مديونية سابقة هى التى شكلت أساس قبول المناب لتحمل دين المنيب •

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هذا المعنى : حكمى استئناف ليون فى ١٩٨٢/٤/٢٠ ، ١٩٨٢/٢/٢٥ (د. ١٩٨٣ — ٥٨٦ وتعليق لاندرو) . نقض ١٩٧٠/٦/٥ (د. ١٩٧٠ — ٧٢٧) .

تجرد التزام المنـاب من السبب فى مواجهة المناب لديه :

٤١١ — تقضى المـادة ٣٦١ بأنه « يكون التزام المنـاب قبل المناب لديه صحيحا . ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا ، أو كان هـذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع . ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ... » .

ومؤدى هذا النص : أن التزام المناب فى مواجهة الدائن (المناب لديه) ، سواء كانت الانابة كاملة أم ناقصة ، هو التزام مجـرد عن السبب ، ما دام أنه يمتنع على المناب — بموجب هـذا النص الذى يجرى على خلاف القواعد العامة — أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأى دفع ينشأ عن العلاقة التى تربطه بالمنيب . فيظل المناب ملتزما بالدين فى مواجهة المناب لديه ، ولو كانت علاقة المديونية السابقة التى تربطه بالمنيب . والتى على أساسها قبل الانابة ، علاقة مشوبة بالبطلان، أو كان دينه فى مواجهـة المنيب قـد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء . ولا يبقى للمناب — فى هـذه الحالة — سوى أن يرجع على المنيب الذى أوفى عنه . بالدعوى الشخصية المقررة لكل من يوفى دين غيره ، والتى تتأسس اما على أساس الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

وقـد قصد المشرع بتجريد التزام المناب فى مواجهة المناب لديه ، أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها . ومن ثم كانت للانابة أهميتها فى المعاملات التجارية : حيث لا يضطر المناب لديه أن يتحرى صحة العلاقة بين المنيب والمناب .

على أن نص المـادة ٣٦١ قـد أجـاز أن يجرى الاتفاق على غير ذلك . ومن ثم يصح — وتجريد الانابة من الدفوع هو مبدأ مقرر لمصلحة المناب لديه — أن ينزل هـذا الأخير عنه ، ليقبل من المناب أن يكون له الحق فى أن يدفع فى مواجهته بجميع الدفوع التى تكون له فى علاقته بالمنيب .

المبحث الرابع

المقـاصة

La Compensation

التعريف بالمقاصة ، ووظيفتها ، وتمييزها عن غيرها ، وانواعها :

٤١٢ ــ المقاصة هى طريق من طرق انقضاء الالتزام ، حين يصبح المدين دائنا لدائنه ، فينقضى الدينين بقدر الأقل منهما [١] ، ليتعين على المدين بالجزء الباقى أن يفى به بالطريق العادى •

٤١٣ ــ فالمقاصة بهذا الشكل تقوم بوظيفة الوفاء المزدوج : اذ تقضى على الدين الأقل كلية ، وتقضى جزئيا على الدين الأكبر • ومثال ذلك أن يكون (أ) دائن لــ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، ثم يصبح (ب) دائن لــ (أ) بمبلغ ٦٠٠ جنيه • فتقع المقاصة بين هذين الدينين ، لينقضيا بقدر الأقل منهما ، فلا يبقى على (ب) واجب الوفاء ، سوى مبلغ ٤٠٠ جنيـه • وهى بهـذا الشكل توفر فى استعمال النقود وفى تحركها ، الأمر الذى يجعل لهـا دورا بالغ الأهمية فى العلاقة التجارية والمصرفية [٢] •

ويلاحظ فى المثال السابق ، أن حق (أ) فى مواجهة (ب) قـد انقضى جزئيا بوقوع المقاصة فى جزء منه ، ومن ثم تكون المقاصـة ، كما سبق أن ذكرنا أحد الاستثناءات التى ترد على مبدأ عدم تجزئة الوفاء •

غير أن المقاصة ، فضلا عن كونهـا أداة وفاء ، تعتبر من ناحية أخرى أداة ضمان ، ما دام أنها تخول الدائن أن يستأثر بالدين الذى فى ذمته للطرف الآخر ، دون غيره من دائنى هـذا الأخير ، وذلك عن

---

(١) وقد عرفها جوجلار ــ تبعا لذلك ــ بانها عمليـة « طرح قانونية une Soustraction Juridique » . جوجــلار (دروس مازو) بنــد ١١٤٢ .

(٢) انظر جوجلار بنـد ١١٤٥ .

طريق خصم ما له من حق فى مواجهته ، مما هو مدين به نحوه [١] ؛ الأمر الذى يقيه احتمال اعسار هـذا المدين ومزاحمة سائر دائنيه له • ففى المثال سابق الذكر ، يخصم مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه التى أصبح مدينا بها لـ (ب) من حقه فى مواجهة هـذا الأخير • فكأنه بهذا الشكل ، يستوفى هذا المبلغ من ذمة (ب) المـالية مفضلا عن سائر دائنى (ب) الآخرين • وبالمقابلة ، يخصم (ب) من دينه فى مواجهة (أ) ، وهو الـ ١٠٠٠ جنيه ، مبلغ ٦٠٠ جنيه الذى أصبح دائنا به له • فكأنه بهذا الشكل يستوفى هـذا المبلغ مفضلا عن سائر دائنى (أ) •

٤١٤ ـ والنظر الى المقاصة باعتبارها أداة ضمان ، يقرب بينها وبين الحق فى الحبس ، ما دام بامكان الحابس ، كما سبق أن بينا ـ أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة دائنى المحبوس ضـده ، بمـا يجعل له من الناحية الفعلية الأولوية على هؤلاء الدائنين فى استيفاء حقه من المحبوس ضـده • كما يقرب بينها كذلك وبين الدفع بعدم التنفيذ ، حين يكون من حـق الدافع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المدفوع فى مواجهته [٢] •

أما بالنظر الى المقاصة باعتبارها أداة وفاء ، أو بعبارة أخرى ، سببا لانقضاء الالتزام ، فانه ـ على العكس ـ يباعد بينها وبين كل من الحبس والدفع ، ما دام أن كلا هذين الأخيرين لا يعـدو أن يكون

---

(١) وهذه الوظيفة للمقاصة ـ بما تخوله للدائن من اولوية على غيره من دائنى مدينـه هى التى تفسر ـ فى نظـر البعض ـ تردد التشريعات ازاءها ، واحاطتها بالعديد من الشروط . انظر جوجلار بند ١٤٥ .

(٢) راجع فى التفرقة بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ :

PILLEBOUT (J.F) : Recherches sur l'exception d'inexécution. 1971 Spéc No. 58 et S.

وراجع فى التفـرقة بينها والحق فى الحبس : كاربونتيه بنـد ٤٣٢ ص ٤٨٣ • وفى التفـرقة بينها وكل من الفكرتين : د. السنهورى ج ٣ بنـد ٥٢٦ ، وراجع ـ بوجه عام ـ فى الطبيعة القانونية للمقاصة : مارتى ورينـو بنـد ٦٣٦ ، جوسران بنـد ٩٣٤ ؛

MENDEGRIS (R) : La nature Juridique de la Compensation. 1969

امتناعا مؤقتا عن تنفيذ الالتزام . ولا ينقضى بهما التزام الحابس بالرد أو التزام الدافع بتنفيذ التزامه فى مواجهة الطرف الآخر .

غير أنه أيا ما كان وجه التقارب بين المقاصة والحق فى الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ ، الا أنها — فضلا عن اختلافها عنهما فى الأثر على نحو ما سبق بيانه — تختلف عنهما كذلك فى النطاق والشروط ، على نحو ما سيتضح من خلال ثنايا هذه الدراسة .

٤١٥ — هذا ويشترط المشرع فى المادة ٣٦٢ مدنى عدة شروط ، اذا توافرت ، تعين على القاضى أن يحكم بوقوع المقاصة متى تمسك بها من له مصلحة فيها ، ليرجع أثر المقاصة الى الوقت الذى توافرت فيه هذه الشروط ، لا الى وقت التمسك أو حكم القاضى بها . وتسمى المقاصة عندئذ ، بالمقاصة القانونية .

غير أن عدم توافر بعض هذه الشروط — ابتداء — لا يحول بين ذوى الشأن وبين الاتفاق على ايقاع المقاصة ، حين تسمى فى هذه الحالة بالمقاصة الاتفاقية . كما أنه لا يحول أيضا بين ذى المصلحة وبين أن يطلب من القضاء أن يذلل له ما يعترض وقوع المقاصة القانونية . فاذا استجاب القاضى لطلبه ، حكم بوقوع المقاصة ، حين تسمى هنا بالمقاصة القضائية . وهى لا تعدو — كما سنرى فيما بعد — أن تكون نوعا من المقاصة القانونية ، ما دام أن حكم القاضى لا يعدو أن يكون مقررا وليس منشئا لها .

تقسيم :

ونوزع الدراسة فى هذا المبحث على مطلبين : نخصص الأول للمقاصة القانونية : لنكرس الثانى لكل من المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية .

المطلب الأول
المقاصـــة القانونيـــة

تقســـــيم :

نعرض فى هـــذا المطلب ، لشروط المقاصة القانونية ، وأحكامها ، كل فى فرع مستقل •

الفرع الأول
شروط المقاصة القانونية

٤١٦ — عرض المشرع لشروط المقاصة فى المـــادة ٣٦٢ مدنى • واستعراض هـــذه الشروط يتضح معه أن بالامكان ردها الى فكرة واحدة ، هى أن المقاصة نوع من الوفاء الذى يقع بقوة القـــانون ، أو بعبارة أخرى ، نوع من الوفاء القهرى [1] • ويمكن تلخيص هـــذه الشروط ، فى ضرورة وجود دينين متقابلين ، متماثلين فى المحل ، خاليين من النزاع ، مستحقى الأداء ، صالحين للمطالبة بهما قضاء ، وقابلين للحجز • وذلك على التفصيل التالى •

١ — التقابل بين الدينين :

٤١٧ — لمـــا كانت المقاصة تقع بين ما هو مستحق على المدين لدائنه ، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ، فانها تفترض — عندئذ — تقابل الدينين ، بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر ، فى نفس الوقت ، وبذات الصفة [2] • فلا يجوز مثلا لمن أحال حقه ، أن يتمسك — بعد نفاذ هـــذه الحوالة — بالمقاصة بين ما كان له من حق فى مواجهة المدين ، وبين ما نشأ لهذا الأخير من دين فى مواجهته ، وذلك لعدم تلاقى الدينين فى نفس الوقت • كما لا يجوز لمدين الشركة أن

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٦٠ ص ٩٣٦ •

(٢) انظر من تطبيقات القضـــاء الفرنسى لهـــذا الشرط : استئناف باريس ١٩٦٢/١١/٢٩ (د. ١٩٦٣ — ٦٤٩ وتعليق فيردييه (ج.م)) •

يتمسك بالمقاصة بين دينه فى مواجهة الشركة وما نشـأ له من حـق فى مواجهة أحـد الشركاء بصفته الشخصية . وذلك لأن كلا من الطرفين ليس دائنا ومدينا للآخر بنفس الصفة (١) .

لكن المقاصة تقع ، اذا توافر هـذا الشرط ، حتى « ولو اختلف سبب الدينين » م ١/٣٦٢ ، أو انقطعت الصلة بينهما . وفى هـذا تختلف المقاصة عن الدفع بعدم التنفيذ ، الذى يفترض حتما أن يكون الالتزامين المتقابلين ناشئين من مصدر واحد هو العقد الملزم للجانبين . وعن الحق فى الحبس الذى يفترض بدوره وجود ارتباط بين الالتزامين المتقابلين .

٢ — التماثل بين الدينين فى محلهما :

٤١٨ — لمـا كانت المقاصة أداة وفاء ، ينقضى بها حق الدائن ، الذى يتمسك ذو الشأن فى مواجهته بالمقاصة ورغمـا عنه ، وكان من حق كل دائن أن يحصـل على ذات ما التزم به المدين فى مواجهته ، ولا يمكن جبره على قبول غيره ؛ فقد اشترطت المـادة ٣١٢ لامكان وقوع المقاصة القانونية ، أن يكون موضوع كل من الدينين « نقودا(٢) ، أو مثليات متحدة فى النوع والجودة » . وفيما عدا النقود ، والمثليات التى تتحد ، ليس فحسب فى نوعها ، وانما كذلك فى درجة جودتها ، لا تقع المقاصة (٣) (كما لو كان محـل الالتزامين عملا أو امتناعا ، ولو تماثلا) .

(١) أنظـر من تطبيقات القضـاء الفـرنسى : نقض ١٩٠٥/٢/٧ (د. ١٩٠٥ — ١ — ٤٣٢) .

(٢) وقد اشترطت بعض الأحكام فى فرنسا ، ان يكون الدينان النقديان المتقابلان ، من نوع واحد من العملة : انظر : استئناف باريس ١٩٤٣/٢/٥ (ر.ت ١٩٤٤ — ١١٧ وتعليق هـ. وليـون مازو) ، استئناف باريس ١٩٤٣/٧/١٩ اشار اليه جوجلار بند ١١٤٨ هامش ٢ .

(٣) أنظر من تطبيقات القضـاء الفرنسى : نقض ١٩٨٣/١٢/١٤ (د. ١٩٨٤ — ٣١٠ وتعليق بريتون) .

٣ — خلو الدينين من النزاع (١) :

٤١٩ — ويحول بين الدينين وامكان المقاصة بينهما ، أن يكون أحدهما متنازعا فيه نزاعا جديا ، سواء فى وجوده أو فى مقداره (٢) • اذ يلزم فى المقاصة ، باعتبارها نوعا من الوفاء الجبرى ، أن يكون كل من الدينين محققا فى وجوده ، ومحددا فى مقداره • فلا تقع المقاصة — على سبيل المثال — بين دين منجز وآخر معلق على شرط واقف ، لأن الثانى — فى فترة التعليق — لا يعدو أن يكون مجرد احتمال غير محقق • كما أن المضرور ، لا يستطيع أن يقاصى بين حقه فى التعويض قبل مرتكب الفعل الضار ، وبين ما عليه من دين له • لأن دين التعويض ، قبل تقديره قضاء أو اتفاقا ، لا يكون مؤكدا أو محددا فى مقداره •

٤ — استحقاق الدينين للأداء (٣،٤) :

٤٢٠ — ولما كان من غير الجائز جبر المدين على الوفاء بالتزامه قبل حلول أجل هذا الالتزام ، فانه لا يجوز أن تقع المقاصة بين دين حال وآخر مضاف الى أجل ، والا كان معنى ذلك ، أن المدين بالتزام حال ، يجبر المدين بالتزام مؤجل ، على أن يفى له بالدين قبل حلول أجله بطريق غير مباشر ، وهو غير جائز •

---

(١) راجع ، من تطبيقات القضاء المصرى لهذا الشرط : نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٤٧ ص ٨٢٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨ — ١٦٠ — ٩٣٦ ، نقض ١٩٧٣/٣/٢ المجموعة ٢٤ — ٦٧ — ٣٧٢ .

(٢) راجع ، من تطبيقات القضاء المصرى لشرط ان يكون كل من الدينين معلوم المقدار : نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ ، نقض ١٩٧٣/٣/٣ سابق الاشارة .

(٣) راجع من تطبيقات القضاء لهذا الشرط : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٣٠ سابق الاشارة ، وفى فرنسا استئناف ديجون ١٩١٠/٤/٢١ (د. ١٩١٣ — ٢ — ٧٦) .

(٤) وفى فرنسا : يستبعد القضاء شرطى استحقاق الأداء وتعيين المقدار ، حينما يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين ، بمعنى حينما يكونان ناشئين من رابطة قانونية واحدة . أشار لهذا الاتجاه : جوجلار بند ١١٥٠ ، ستارك بند ٢٤٤٩ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٦٧/١/١٨ (د. ١٩٦٧ — ٣٥٨ وتعليق ج — مازو ، ج.ك.ب ١٩٦٧ — ١٥٠٠٥ وتعليق J.A) .

غير أنه يجدر التنويه فى هـذه الصدد . الى أن الأجل القضائى (نظرة الميسرة) ، أو الأجل الذى يتبرع به الدائن لمدينه . لا يحول دون المقاصة ، اذا أصبح هـذا المدين دائنا لدائنه [١] • فالقـاضى أو الدائن ما منحا المدين هـذا الأجل الا لضيق ذات يده . فاذا أصبح قادرا على الوفاء . لمـا نشأ له من حق فى مواجهة الدائن . زالت العقبة من طريق المقاصة [٢] • وفى هـذا المعنى تقضى الفقرة ٢ من المـادة ٣٦٢ بأنه : « ولا يمنع المقاصـة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحهـا القاضى أو تبرع بهـا الدائن » •

٥ — صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء :

٤٢١ — ويبرر هـذا الشرط — بدوره — أن المقاصة نوع من الوفاء الجبرى • ويفترض هـذا الأخير — بداهة — أن يكون الوفاء واجبـا على المدين ، بحيث اذا لم يقم به اختيارا أمكن قهـره عليه بواسطة القضاء •

ومتى كان ذلك ، فان المقاصـة لا تقع بين التزام مدنى وآخـر طبيعى ، ما دام أن هذا الأخير لا يمكن جبر المدين على وفائه • ولا بين دين مستحق الأداء ، وآخر سقط قبل ذلك — بالتقادم •

٦ — قابليـة كل من الدينين للحجز م/٣٦٤ — جـ :

٤٢٢ — فصـاحب الحـق غير الجائز الحجز عليه ، لا يمكن التمسك فى مواجهته بالمقاصة بين هـذا الحـق وبين ما عليه من دين للمدين به • فلا يجوز للزوج — على سبيل المثال — أن يتمسك بالمقاصة بين ما له من دين فى مواجهة زوجته ، وبين ما هو ملتزم به نحوها من دين النفقة التى حكم لها بها ، لأن حقها فى النفقة من الحقوق التى منع المشرع الحجز عليها • واجازة المقاصة فى هـذا النوع من الحقوق ،

---

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار بنـد ١١٤٩ .
(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٤٥ .

سوف تهدر — بطريق غير مباشر — الهدف الذى من أجله حرص المشرع على عدم جواز الحجز عليها .

* * *

٤٢٣ — فاذا توافرت هـذه الشروط ، أمكن وقوع المقاصـة القانونيـة . حتى « ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين » (م ٣٦٣) كل ما فى الأمر . أنه يجب على المدين الذى يتمسك بها فى هـذه الحالة « أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصـة من استيفاء ما له من حق. أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك » م ٣٦٣ .

الفـرع الثانى
احكام المقاصـة القانونيـة

نطـاق المقاصة القانونية :

٤٢٤ — الأصل أن المقاصة تجوز فى كل الديون [١] . أيا كان مصدرها . الا أن المشرع قـد استثنى فى المـادة ٣٦٤ حالتين . لم يجز فيهما المقاصة : ولو توافرت الشروط السابقة ، وهما :

(أ) « اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه . وكان مطلوبا رده » .

وهذا الاستثناء يتسق — فى الواقع — مع المبدأ المقرر فى الشرائع الحديثة ، وهو عدم جواز القصاص للنفس . فلا يجوز للدائن بشىء معين : أن يلجأ فى سبيل استيفاء حقه . الى اغتصاب شىء مماثل من مدينـه ، ليتذرع — بعد ذلك — حين يرجع عليه المدين بالرد : بأن

---

(١) وانظر فيما تقضى به فى فرنسا من ان الاصل ان حقـوق الدولة لا تتقاصى مع ما عليها من ديون : محكمـة السين المدنيـة ١٩٥٤/١٠/٤ (ج.ب ١٩٥٤ — ٢ — ٣٤٣ ومرافعة بلونديو ، فى خصوص عدم تقاصى حق الدولة فى الضريبـة مع ما عليها من دين للخاضع للضريبة) .

التزامه برد ما غصب . قد انقضى بالمقاصة بينه وبين ما له من حق فى مواجهة هذا المدين .

(ب) « اذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال . وكان مطلوبا رده » .

ويجد هذا الاستثناء تبريره . فى أن المودع أو المعير قد ائتمن المودع لديه أو المستعير . على الشىء . فلا يجوز لأى منهما أن يخون الأمانة ، ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه برد الشىء أو بدفع التعويض عنه ، وبين ما نشأ له من حق فى مواجهة المودع أو المعير .

وجوب التمسك بالمقاصة :

٤٢٥ — لا يجوز للقاضى . ولو توافرت شروط المقاصة القانونية ، أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، اذ « لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها [1] من له مصلحة فيها م ١/٣٦٥ . فالمقاصة بهذا الشكل ليست من النظام العام .

غير أن ذى المصلحة فى المقاصة ليس فقط المدين الذى أصبح دائنا لدائنه ، فقد يتمسك الكفيل[2] ، وله مصلحة فى ذلك ، بانقضاء دين المدين الذى يكفله ، بالمقاصة بينه وبين حق نشأ لهذا المدين فى مواجهة الدائن الذى يرجع عليه . كما يعتبر حائز العقار ذا مصلحة فى الدفع بالمقاصة بين الدين الذى يسأل عنه فى مواجهة الدائن المرتهن بسبب حيازته للعقار المرهون ، وبين حق نشأ للمدين الراهن فى مواجهة الدائن . وفضلا عن ذلك ، تجيز المادة ٢٨٧ ، فى التضامن بين المدينين، أن يتمسك المدين المتضامن بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن

---

(١) وقد اجازت محكمة النقض المصرية التمسك بالمقاصة القانونية متى توافرت شرائطها ، فى اية حالة تكون عليها الدعوى ، كما اجازت التمسك بها لاول مرة امام محكمة الاستئناف . انظر نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٦٠ ص ٩٣٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٨٣/٦/١ (د. ١٩٨٤ — ١٥٢ وتعليق اوبير) .

آخر وذلك بقدر حصة هذا الأخير فى الدين التضامنى • وقد سبق تفصيل ذلك فى موضعه [1] •

٤٢٦ — والغالب أن يقع التمسك بالمقاصة فى صورة دفع : يدفع به المدين الذى أصبح دائنا لدائنه . وطالبه هـذا الأخير بسداد الدين • كما أن من المتصور أن يتم التمسك بها بطريق دعوى يرفعها صاحب المصلحة فيها . وعندئذ يتعين على القاضى — متى توافرت شروطها . أن يقضى بها : فليس له ازاء طلبها سلطة تقديرية • وحكمه بوقوعها لا يعدو أن يكون مقررا لها • ولذلك يقال بأن المقاصة هنا تقع بقوة القانون [2] ، ومن هنا سميت بالمقاصة القانونية . تمييزا لها عن المقاصة القضائية • وهذه المقابلة بين نوعى المقاصة . صحيحة . ان كان يقصد بها ، أن الأولى ترتب آثارها منذ توافر شروطها . حين أن الثانية لا ترتب أثرها الا بعد ازالة القاضى ما يعوق اكتمال شروطها • أما اذا كان المقصودمنها : أن حكم القاضى فى المقاصة القضائية ينشىء هذه المقاصة : حين أنه لا يعدو أن يكون مقررا لها فى المقاصة القانونية . فان هذه المقابلة تكون — فى الواقع — غير دقيقة كما سنرى فيما بعد •

آثار التمسك بالمقاصة :

٤٢٧ — اذا تمسك بالمقاصة القانونية من له مصلحة فيها : وتثبت القاضى من توافر شروطها . ترتب عليها « انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما » (م ٣٦٥/ ١) • وهكذا يجبر الدائن بالمبلغ الأكبر . على قبول وفاء جزئى لحقه •

٤٢٨ — غير أن هـذا الأثر لا يترتب من وقت الحكم بالمقاصة . ولا من وقت التمسك بها ؛ وانما بأثر رجعى : منذ الوقت الذى يصبح فيه الدينان « صالحين للمقاصة » م ٣٦٥/٢ •

ويترتب على هـذا الأثر الرجعى للمقاصة :

---

(١) انظر سابقا بند ٢٧٠ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٧/٤/٦ سابق الاشارة .

١ — أنه اذا كان أحد الدينين ينتج فائدة ، ثم وقعت المقاصة . فان سريان الفوائد يعتبر قد توقف ليس من وقت الحكم . ولا من وقت التمسك بالمقاصة . وانما منذ الوقت الذى اجتمع فيه الدينان صالحين للمقاصة بينهما ، بحيث لا يجوز للدائن بهذه الفوائد . أن يطالب بها الا عن المدة السابقة على تلاقى الدينين .

٢ — أنه اذا كان أحد الدينين « قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم : ما دامت المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » م ٣٦٦ . وبموجب هذا النص ، الذى لا يعدو أن يكون تطبيقا لفكرة الأثر الرجعى الذى قرره المشرع فى المادة ٣٦٥/٢ . يكون المرجع فى تحديد ما اذا كان أحد الدينين الذى مضت عليه مدة التقادم عند التمسك بالمقاصة ، صالحا للتقاصى بينه وبين الدين الآخر أم لا ، هو بما اذا كان — عند تلاقى الدينين — لا يزال باقيا لم تكتمل مدة تقادمه ، فيجوز التقاصى به ، أم كانت هذه المدة قد اكتملت قبل ذلك الوقت ، فلا يتلاقى الدينان .

فمثلا اذا كان لـ (أ) فى مواجهة (ب) دين واجب الأداء فى ١٩٧٠/١/١ ثم أصبح لـ (ب) فى مواجهة (أ) دين واجب الأداء فى ١٩٨٠/١/١ . فاذا طالب (ب) بحقه فى ١٩٨٥/٢/١ ، وأراد (أ) أن يدفع هذه المطالبة بالمقاصة ، فان المرجع فى امكان أو عدم امكان ذلك . ليس هو تاريخ التمسك بالمقاصة ، أى ١٩٨٥/٢/١ ، اذ فى هذا التاريخ يعتبر حق (أ) قد مضت عليه مدة التقادم (من ١٩٧٠/١/١ الى ١٩٨٥/٢/١) ، وانما التاريخ الذى اجتمع فيه الدينان صالحين للمقاصة : أى فى التاريخ الذى نشأ فيه الدين المقابل (وهو ١٩٨٠/١/١) . ففى هذا التاريخ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت فى حق (أ) لدى (ب) [من ١٩٧٠/١/١ الى ١٩٨٠/١/١] ، وعندئذ يكون له أن يتمسك بالمقاصة .

٤٢٩ — هـذا وتقضى المـادة ٢/٣٦٥ بأنه « ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء » • ومعنى ذلك . أنه تطبق عند تعدد الديون التى تجوز المقاصة فيها بين الطرفين . ما سبق دراسته من قواعد خصم الديون أو المدفوعات •

عدم جواز وقوع المقاصة اضرارا بالغير :

٤٣٠ — ورد النص صراحة على هـذه القـاعدة فى المـادة ١/٣٦٧ : التى تقضى بأنه « لا يجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها للغير » • فاذا تعلق لأحـد الأغيار حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به ، امتنعت المقاصة : درءا لمـا يمكن أن يترتب على وقوعهـا من اضرار بهذا الغير •

وقـد طبق المشرع هـذه القاعدة : تطبيقين : ورد أحدهما فى الفقرة الثانية من نفس النص : وأفـرد للثانية نص المـادة ٣٦٨ • ويمكن تلخيص هذين التطبيقين على النحو التالى :

١ — عدم جواز التمسك بالمقاصة اضرارا بالدائن الحاجز :

٤٣١ — اذا « أوقع الغير حجزا تحت يـد المدين ، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه : فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضرارا بالحاجز » م ٢/٣٦٧ •

ويجد هـذا الاستثناء تفسيره : فى أن المقاصـة فى الواقع هى نوع من الوفاء ، حين أنه لا يجوز : فى حجز ما للمدين لدى الغير ، أن يفى المحجوز لديه : بالدين : للمحجوز عليه : اضرارا بالدائن الحاجز •

فاذا فرضنا أن (أ) دائن لـ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه • ثم أراد (جـ) وهو دائن لـ (أ) أن يوقع حجزا على ما لمدينه (أ) لدى الغير (ب) • وأوقع هـذا الحجز بالفعـل • عندئذ يصبح مبلغ الـ ١٠٠٠

جنيــه ، المحجــوز تحت يد (ب) ، محبوسا لمصلحة الحاجز (جـ) • فلا يجــوز لــ (ب) أن يفي به لــ (أ) • ومتى امتنع هــذا الوفاء المباشر ، تعين أيضا منع الوفاء بطريق غير مباشر • ولذلك فاذا أصبح (ب) دائنا لــ (أ) بعد هــذا الحجز الذى وقع تحت يده ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة بين ما نشأ له من حق فى مواجهة (أ) ، وبين ما هو مدين به نحوه • لأن فى وقوع المقاصة هنا اضرار بالحاجز • كما أن فيها معنى الوفاء لــ (أ) بحقه : عن طريق اسقاط ما نشأ لــ (ب) من حق فى مواجهته • انما يجوز لــ (ب) بدوره : باعتباره دائنا بما نشأ له من حق فى مواجهة (أ) . أن يحجز بدوره على ما تحت يــده من مال لــ (أ) ، فيشترك بذلك مع الحاجز الأول (جـ) فى قسمة الغرماء •

٢ — عدم جواز التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له :

٤٣٢ — « اذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهــذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ••• » م ٣٦٨ •

ولمــا كان من المسلم به ، أن قبول المدين للحوالة دون تحفظ ، يسقط حقه فى التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له ، ولو كان يجهل أن له فى مواجهــة دائنه الأصلى حق يمكن التقــاصى به ، فاننا نرى — مع بعض الشراح — أن هــذا الاستثناء لا يجد تفسيره ، فيما يقال به عادة [1] من أن قبول الحوالة دون تحفظ يعد نزولا ضمنيا من جانب المدين عن التمسك بها • وانما الأولى أن يقال ، بأن المشرع قــد قصد بذلك ، أن يقيل المحال له من عناء البحث فى العلاقة التى تربط الدائن المحيل بالمدين ، وأن يؤمن حقــه فى مواجهة هــذا الأخير الذى كان يتعين عليه هو أن يتحرى عن حقوقه فى مواجهة دائنه الأصلى ، وأن يتمسك بهــا فى الوقت المناسب ، أو على الأقل أن يتحفظ بشأنها حين

---

(١) انظر مثلا : د. سليمان مرقس ١٩٦١ بنــد ٨٨٤ ، د. البدراوى بنــد ٣٨٧ ؛ د. جميل الشرقاوى بنــد ١١٣ .

يقبل هـذه الحوالة • أما اذا قبلها دون تحفظ — حتى ولو كان يجهل ما له من حـق — فلا يصح أن يلومن الا نفسه • ولا يمكن أن يضار المحال له بهذا الاهمال : وقـد كان من حقـه أن يطمئن الى الحوالة بعد أن قبلها المدين على هـذا النحو [١] • ولا يبقى لهـذا الأخير فى هـذه الحالة « الا الرجوع بحقه على المحيل » م ١/٣٦٨ •

غير أن هـذا الاستثناء مقصـور فى الواقع على الفرض الذى تنفذ فيه الحوالة بقبول المدين . « أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هـذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » • م ٢/٣٦٨ •

النزول عن المقاصة :

٤٣٣ — لمن له حق التمسك بالمقاصـة أن يتنازل عنها ، صراحة كان هذا التنازل أو ضـمنا • بشرط أن تكون الظروف التى تم فيهـا التنازل الضمنى قاطعة فى الدلالة على اتجاه النية اليه . لأن التنـازل عن الحق لا يفترض •

غير أن المشرع لم يجـز النزول عن المقاصة « قبل ثبوت الحق فيها » م ٣٦٥ — ١ ، أى مقدما وقبـل تلاقى الدينين تلاقيا يستجمع شروط المقاصة • وليس معنى هذا الحظر أن المقاصة تصبح من النظام العـام ، فقد سبق أن قلنا — على العكس — أنها لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها • كل ما فى الأمر أن المشرع قد خشى : لو أجاز مثل هـذا الاتفاق المسـبق على النزول عن المقاصة ، أن يصبح أمرا مألوفا ، يفرضـه الدائن — بما له من مركز أقـوى . على المدين ، فيجرده — مقدما — من حقه فى أن يقضى على دينه بما نشأ له من حق فى مواجهة الدائن •

---

(١) انظر فى هـذا المعنى : د. اسماعيل غانم بنـد ٢٦٤ • وقرب د. السنهورى ج ٣ بنـد ٥٥٥ .

عدم جواز النزول عن المقاصة اضرارا بالغير (١) :

٤٣٤ قــد يفى المدين بالدين ، رغــم علمــه بامكان التمسك بالمقاصة فى مواجهة الدائن ، فيعتبر بذلك قــد تنازل ضمنيا عنهــا • ولا يبقى له — بعد ذلك — سوى أن يطالب الدائن بحقــه الذى كان يمكن له أن يقتضيه مقاصة •

غير أن هــذا النزول لا يصح بداهة أن يكون على حساب الغير • ومن ثم فان القاعدة فى هــذا الشأن ، هى عدم جواز النزول عن المقاصة اضرارا بالغير •

ويقصــد بالغير هنا ؛ كل من كانت له مصلحة فى تمسك المدين بالمقاصة : وهــم كفلاء حق هــذا المدين : شخصية كانت الكفــالة أم عينية ، والمدين المتضامن فى سداده ؛ وحائز العقار المرهون لضمان هــذا الحق ، بل والدائنون المرتهنون المتأخرون فى المرتبة عن مرتبــة الرهن الذى كان يكفل هــذا الحق •

وفى هــذا الشأن تقضى المــادة ٣٦٩ بأنه « اذا وفى المدين دينا ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقــه ••• » •

وفاء الدين عن جهل بوقوع المقاصة :

٤٣٥ — أما على العكس : اذا أوفى المدين بالدين ، جاهلا وجود حق له يمكنه أن يقاصى به هــذا الدين ، فانه لا يمكن أن يعتبر متنازلا عن حقه فى التمسك بالمقاصة • ومن ثم يجوز له — بعد هذا السداد — أن يعود فيتمسك بالمقاصة ، ليعتبر الدينان قــد انقضيا منذ تلاقيهما مستجمعين لشروط المقاصة • فيكون المدين بهذا الشكل قــد أوفى بما هو غير مستحق عليه ، فيجوز له أن يرفع دعوى استرداده •

---

(١) راجع فى آثار التنازل عن المقاصة ، بالنسبة للغير :
DRAKIDIS (PH) : Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la Compensation acquise R.T 1955 — 238

غير أن المدين فى هــذه الحــالة ، لن يكون بامكانه أن يفيد من الضمانات التى كانت تضمن حقــه الأصلى : فقد انقضى هــذا الحق بضماناته بوقوع المقاصة • ولذلك فقد يرى المدين أن من مصلحته أن يتنازل عن المقاصة • فيعتبر وفاؤه عندئذ صحيحا • ويرجع على الطرف الآخر بما له من حق فى ذمته • ومع أنه قــد تنازل عن المقاصة هنــا : الا أنه رعاية لحسن نيته ، تجيز له المــادة ٣٦٩ أن يتمسك بالتأمينات التى تكفل هــذا الحق •

المطلب الثانى

المقاصــة الاتفاقيــة والمقاصــة القضائية

المقاصــة الاتفاقيــة :

٤٣٦ قــد لا تتوافر شروط المقاصة القانونية ومع ذلك يتفق الطرفان على ايقاع المقاصة بين ما لكل منهما من حق فى مواجهة الآخر وما عليه من دين له • ومثل هــذا الاتفاق يكون صحيحا : طبقا لمبدأ حرية الاتفاقات • وتسمى المقاصة هنا بالمقاصة الاتفاقية أو الاختيارية • وهى تتميز عن المقاصة القانونية بأن آثارها لا تترتب الا منذ تاريخ الاتفاق عليها فلا يتصور فيها الأثر الرجعى الذى يفترض تلاقى الدينين مستجمعين لشروط المقاصة القانونية قبل التمسك بهذه المقاصة •

غير أنه يسرى على هــذا النوع من المقاصة أيضا قاعدة عــدم جواز وقوع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير •

المقاصــة القضائيــة (١) :

٤٣٧ — قــد يحول بين أحد الطرفين وامكان تمسكه بالمقاصة القانونية ، تخلف أحــد شروطها المحددة قانونا ، فى حقه • فاذا كان

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى هذا النوع من المقاصة ، انظــر :
CHABAS (F) : Réflexions sur la Compensation Judiciaire. J.C.P. 1966 — 1 — 2026
بريور : تعليق بــ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٥٤٤) ، جافالدا : تعليق بــ (ج.ك.ب ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٦٣٧) ، ج ــ شيفالييه (ر.ت ١٩٦٥ — ٦٣٧) •

هـذا الشرط من الشروط التى يستطيع القضـاء استكمالها ، وهـو ما ينحصر فى شرط خلو حقـه من النزاع . جـاز لهـذا الطرف أن يطلب الى القضاء [1] الفصـل فيما يثور حـول هـذا الحـق من نزاع . فاذا ما انتهى هـذا الفصـل الى أحقيته فيمـا يدعيه من حـق ، أصبح هـذا الأخير خاليـا من النزاع ، فزالت العقبة التى كانت تحول دون امكان التقاصى به . ويكون القضـاء بهـذا الشكل هـو الذى استكمل شروط المقاصـة . ومن هنـا جاءت تسميتها بالمقاصة القضائية ؛ حين أنها فى الواقع ليست سوى نوع من المقاصـة القانونية [2] ، ما دام أن دور القضاء ينحصر — لا أكثر — فى استجماع شروط المقاصـة القانونيـة : بازالة العقبة من طريق توافر أحـد شروطها [3] . فيكون حكم القاضى بالمقاصة مقررا — فى الحقيقة — لها ، وليس منشئا [4] . واذا كانت المقاصة لا تقع هنا الا من وقت الحكم ، فليس فى ذلك من خروج على أحكام المقاصة القانونية ؛ ما دام

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقاصـة القضائيـة ، باعتبارها طلبا عارضا من المدعى عليه ، فانه لا يجوز لمحكمة الموضوع ان تبحثها وان تفصل فيها من تلقـاء نفسـها . انظر : نقض ١٩٧٨/١/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقـم ٦٣ ص ٣٠٦ ؛ وراجع فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٣/٣/١٥ المجموعة ٢٤—٧٧—٤٢٠ ؛ وانظر أيضا : نقض ١٩٧١/٦/٢٤ لمجموعة ٢٢ — ١٣٣ — ٨١٨ (وقد جاء فى الحكم الأخير ان اغفال محكمـة الموضوع الرد على الدفع بالمقاصة القضائية لا يعيب حكمها) . كذلك قضت محكمة النقض بعدم جواز طلب المقاصـة القضائية لأول مرة امام محكمة الاستئناف انظر : نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨—١٦٠—٩٣٦ .

(٢) من هذا الراى : مارتى ورينو بنـد ٦٤٩ ، جوجلار بند ١١٥١ ، وفى مصر : د. اسماعيل غانم بند ٢٦٧ ، د. جميل الشرقاوى بنـد ١١٤ ويقترب جوسران بنـد ٩٤٤ .

وانظر عكس ذلك : د. السنهورى ج ٣ بنـد ٥٦٠ ، د. محمـود جمال الدين زكى بند ٥٩٨ ، ويقترب : كـولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٣٤٧ .

(٣) وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية فى بعض احكامها ، الى ان تجعل من المقاصة القضائية نظاما مستقلا ، يخضع لطاق السلطة التقديريه لقضاة الموضوع ، دون تقيد بأى من شروط المقاصة القانونية . اشـار لهـذا الاتجاه ، وانتقده : جوجلار بنـد ١١٥١ ، وانظـر من تطبيقاته : حكم نقض ١٩٥٦/٧/١٢ (ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ١٤٩) .

(٤) وعكس ذلك : د. السنهورى ، د. محمـود جمال الدين زكى الاشـارتان السابقتان .

أنه فى هــذا الوقت فقط ، يكون الدينان قــد التقيا صالحين للمقاصة ، بزوال العقبة التى كانت تحول دون هــذا التلاقى [١] .

ومثال هــذه الحالة : أن يرفع المؤجر دعــوى على المستأجر . يطالبه بالأجرة ، فيقدم المدعى عليه بدورد طلبا عارضا بتعويضه عن تعرض وقع له من جانب آخر ، وبالمقاصة بين ما له من حق فى التعويض عنه ، وما هو مدين به للمؤجر ، فينازع المدعى فى وجود هذا التعرض . فاذا تبين للقاضى أن الطلب العارض جديا ، لم يقصد به تأخير الفصل فى دعوى المدعى [٢] ، أوقف الفصل فى دعوى طلب الأجرة ، الى أن يفصل فى النزاع حول التعرض ، فاذا ما ثبت هــذا الأخير . وقــدر القاضى التعويض عنه . فأصبح حق المستأجر — بهذا الشكل — خاليا من النزاع ، حكم القاضى بوقوع المقاصة بين الدينين [٣] .

المبحث الخامس

اتحــاد الذمة

La Confusion

المقصود به وحالاته ، وتمييزه عن غيره :

٤٣٨ — يقصد باتحاد الذمة : أن يجتمع « فى شخص واحــد صفة الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد » م ١/٣٧٠ مدنى . وذلك كأن يتوفى الدائن فيرثه المدين . فتجتمع بهذا الشكل فى شخص هــذا الأخير صفتا الدائن والمدين .

---

(١) راجع بوجه عام فى مسالة مبدا سريان آثار المقاصة القضائية : LEVY (J. ph) : note J.C.P 1968 — 2 — 15322 .

(٢) وهو ما يعنى ان للقاضى سلطته التقديرية فى هذا الشأن ، فى هــذا المعنى : كاربونييه بنــد ١٣٢ ص ٤٨٧ .

(٣) انظر من تطبيقات القضــــاء الفــرنسى : نقض ١٩٥٦/٧/١٢ (ج.ب ١٩٥٦ — ٢ — ١٤٩) ، نقض (اجتماعى) ١٩٤١/١/٩ (ج.ب ١٩٤١ — ١ — ١٣١) ، نقض ١٩٤٢/٤/١٥ (ج.ب ١٩٤٢—٢—٢٢) .

٤٣٩ — ولا يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة فحسب ، بل يتصور أن يقع حال الحياة أيضا ؛ وان كان ذلك أمرا نادرا ، ومثاله أن تشترى الشركة ما سبق أن أصدرته من سندات .

٤٤٠ — ويفترق اتحاد الذمة عن المقاصة ؛ فى أنه يفترض أن تجتمع صفتا الدائنية والمديونية فى شخص واحد وبالنسبة لدين واحد . حين تفترض المقاصة — على العكس — أن يكون هناك دينان متقابلان لشخصين ، الدائن فى أحدهما مدين فى الآخر .

أثـره :

٤٤١ — ويضـع اتحـاد الذمة عقبة أمام المطالبـة بالدين ، اذ يستحيل فى الواقع أن يطالب الانسان نفسه ، فيرجع بصفته دائنا ، على نفسه بصفته مدينا [١] . ولذلك يترتب على اتحاد الذمة أن ينقضى الدين « بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة » [٢] ؛ م ١/٣٧٠ . فاذا توفى الدائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه . فورثه المدين بهذا المبلغ ، وارثا وحيدا ، انقضى الدين كله باتحاد الذمة . أما اذا كان المدين يرث نصف التركة لوجود وارث آخر ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة فى حدود النصف ، ليبقى للوارث الآخر أن يرجع على المدين بمبلغ ٥٠٠ جنيه .

وتأخذ الشرائع الغربية بنفس الحـل فيما لو توفى المدين فورثه الدائن [٣] ، اذ ينقضى — عندئذ — ما كان للوارث من دين فى ذمـة المورث باتحـاد الذمة . وأساس ذلك ما تأخذ به هـذه الشرائع من مسئولية الوارث شخصيا عن ديون مورثه [٤] .

---

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بنـد ١١٣٩ .

(٢) وتنقضى معه ضماناته ، انظر فى هـذا المعنى ، وفى مبرره ، جوجلار بند ١١٤٠ ، مارتى ورينو بند ٨٥٥ .

(٣) انظـر : ستارك بند ٢٤٦١ ، جوسران بند ٩٤٦ ، مارتى ورينو بنـد ٨٥٤ .

(٤) وراجع — مع ذلك — فى عدم اعمال أحكام اتحاد الذمة فى فرض قبول الوارث للتركة تحت شرط الجـرد : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٣٥٠ .

أما فى الشريعة الاسلامية ، فانه وفقا لمبدأ لا تركه الا بعد سداد الدين ، فانه فى مثل هــذا الفرض الأخير . تظل تركة المدين المتوفى مشغولة بالدين ، فيرجع الدائن (الوارث) بحقه عليها ، فيقتضيه وفاء • ثم يؤول اليه بعد ذلك ما له من نصيب فى التركة خاليا من الدين •

٤٤٢ — ولمــا كانت العلة فى انقضاء الدين باتحــاد الذمة هى استحالة مطالبة الانسان لنفسه ، فانه متى « زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى . عاد الدين الى الوجود هــو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » م ٢/٣٧٠ • كما لو أوصى الدائن للمدين بالدين ، ثم تبين بعد ذلك بطلان الوصية •

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

تقسـيم :

٤٤٣ ــ ينقضى الالتزام دون الوفاء به : اما لابراء المدين منه ، أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى لا يد له فيه ، أو لسقوطه بالتقادم • ونخصص لكل من هــذه الموضوعات مبحثا مستقلا •

المبحث الأول

الابــراء (١)

La remise de dette

المقصود به ، وطبيعته ، وشروطه ، وما يترتب عليه من آثار :

٤٤٤ ــ الابراء هو تصرف قانونى ، بموجبه ، يتنازل الدائن ــ مختارا ، وبلا مقابل ــ عما له من حق فى مواجهة المدين • وهو ــ وفق تصويره فى المجموعة المدنية الحالية ــ عمل قانونى من جانب واحد ؛ ومن ثم فانه ينتج أثره فى القضاء على الالتزام ، متى اتصل بعلم من وجه اليه ، وهو المدين ، وذلك دون حاجة لقبول هــذا الأخير • ولمـا كانت بعض النفوس تعاف المنة ، فلم يشأ المشرع أن يفرض على المدين تفضلا قــد لا يقبله ، فأجاز أن يرتد هــذا الابراء برده من جانب المدين • وقــد جمعت كل هذه المعانى المــادة ٣٧١ مدنى ، حين قضت بأنه : « ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده » •

---

(١) راجع فى هذا الموضوع :

RAYNAUD (p) : La renonciation à un droit. R.T 1936 p. 763 et s.

د. عبد الرازق حسن فــرج : الابراء من الالتزام (دراسة مقارنة) ط ١ ١٩٧٦ •

٤٤٥ — هـذا وبالنظر الى أن الابراء من أعمال التبرع [١] ، فانه يخضع للأحكام الموضوعية لهذه الأعمال (م ١/٣٧٢ مدنى) • فيلزم أن يكون الدائن أهلا للتبرع • ويمكن لدائنى هـذا الدائن أن يطعنوا فى هـذا الابراء باعتباره تصرفا مفقرا ، دون حاجة الى اثبات غش أو تواطؤ • فاذا رد المدين الابراء فعاد الدين الى الظهور بعـد انقضائه ، كان لدائنى هـذا المدين أن يطعنوا فى هـذا الرد بالدعوى البوليصية باعتباره تصرفا مفقرا ، زاد من التزامات المدين • ولا يمكن القول هنا بأن المدين يرفض الاغتناء ، فهذا التصوير لا يصح الا اذا كان الابراء لا ينتج أثره الا بالاتفاق مع المدين ، كما هـو الحال فى القانون الفرنسى [٢] ، وكما كان الحال فى التقنين المدنى الملغى •

٤٤٦ — ونحن لا نقر ما يتجـه اليه بعض الشراح فى مصر ، من أن الابراء يقضى على عنصر المسئولية فى الالتزام فقط ، دون عنصر المديونية [٣] — • فهذا التفسير لا يتمشى فى الواقع مع النية الحقيقية للدائن ، الذى لو كان يقصد الى مجرد التنازل عن حقه فى الالتجاء الى القهر لاجبار المدين على تنفيذ التزامه ، لاكتفى بموقف سلبى هو عدم مطالبة المدين بالدين الى أن ينقضى بالتقادم المسقط [٤،٥] •

---

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧١/١/٢١ المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٨ ص ١٠٠ •

(٢) فكل من المادتين ١٢٨٥ ، ١٢٨٧ من المجموعة المدنية الفرنسية؛ تصفه بأنه : « اخلاء ذمة اتفاقى décharge conventionnelle » . والفقه الفـرنسى يسلم بهـذا التكييف ، وان كان يرى أن الابـراء يمـكن ان تتضمنه وصية ، اى يتضمنه عمل قانونى من جانب واحد ، انظـر فى هذا الشأن : مارتى ورينو بند ٨٤٧ ، جوسران بند ٩٥١ ، ستارك بند ٢٤٦٦ ، كاربونييه بنـد ١٣٧ ص ٥٠٢ .

(٣) انظر : د. اسماعيل غانم ص ٤٢٩ هامش ١ .

(٤) انظر فى معنى أن الابراء يقضى على الدين وكذلك على ضماناته : جوجلار (دروس مازو) بنـد ١٢٠٠ ، وانظر ايضا ستارك بند ٢٤٦٦ .

(٥) راجع فى الطبيعة القانونيـة للابـراء : جوسران بند ٩٥١ ، كاربونييه بند ١٣٧ ص ٥٠٢ وما بعدها ، ومقال رينو (بالمجلة الفصلية) سابق الاشارة .

٤٤٧ — لكن الابراء ، بالرغم من اعتباره تبرعا ، الا أنه « لا يشترط فيه شكل خاص [١،٢] ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » م ٣٧٢/٢ مدنى .

٤٤٨ — ومتى تم الابراء ، ترتب عليه انقضاء الالتزام بالقدر الذى تناوله . فتزول معه توابعه ، وضماناته ، عينية كانت أو شخصية.

المبحث الثانى

استحالة التنفيذ

L'impossibilité d'exécution

التعريف به ، وأثره :

٤٤٩ — كذلك ينقضى الالتزام دون الوفاء به ، اذا استطاع المدين أن يثبت أن هذا الوفاء قد « أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » م ٣٧٣ مدنى على أن يلاحظ ما يأتى :

١ — ضرورة ثبوت استحالة التنفيذ ، مادية كانت هذه الاستحالة أو قانونية وليس مجرد صيرورة هذا التنفيذ مرهقا ، والا كنا بصدد نظرية الظروف الطارئة ، وجاز للقاضى أن يرد ذلك الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

---

(١) وان لزم ان تكون نية الدائن فى معنى التنازل عن حقه واضحة لا تحتمل اى لبس ، اذ التنازل عن الحق لا يفترض ، انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨١/١/٢٦ (د. ١٩٨٢ — ١ وتعليق اونورا) ، نقض ١٩٨٠/١/١٥ (د. ١٩٨١ — ١.ر — ٣١٢ وتعليق جستان) .

(٢) وتجعل المادة ١٢٨٢ مدنى فرنسى من تسليم الدائن ، مختارا ، سند الدين (العرفى) الموقع عليه من جانب المدين لهذا الأخير ، دليلا على الابراء . انظر فى تطبيق لهذا النص ، وان هذه القرينة لا تقبل اثبات العكس سواء فى المواد المدنية أو التجارية : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٠/٦/٣٠ (د. ١٩٨٢ — ٥٣ وتعليق بارليانى) ، وقارن — على العكس — استئناف تولوز ١٩٦٦/١١/٢٣ (د. ١٩٦٧ — ٥٢٢) . وراجع — بوجه عام — فى اثبات الابراء : جوجلار بند ١٢٠٢ — ١٢٠٦ ، مارتى ورينو بند ٨٥١ — ٨٥٢ ، كولان وكابيتان وذى لامورانديير بند ٣٥٥ ، جوسران بند ٩٥٤ — ٩٥٧ .

٢ — يتعين أن تكون الاستحالة بسبب أجنبى عن المدين (١) : وذلك اما بفعل قوة قاهرة . أو لخطأ الغير . أو لخطأ الدائن نفسه •

٣ — لا يمكن القول فى هذه الحالة ، بالزام المدين — وقد أصبح تنفيذ التزامه عينا مستحيلا — بأن يفى بمقابل أو بطريق التعويض . فالفرض أنه غير مخطىء : أو بعبارة أخرى غير مسئول عن هذه الاستحالة •

٤ — يمكن أن يظل المدين مسئولا عن تنفيذ الالتزام رغم استحالته بسبب أجنبى اذا كان الطرفان قد اتفقا منذ البداية على تحميل المدين تبعة هذا السبب الأجنبى • غير أن التنفيذ العينى — وقد استحال هنا — فلا يبقى أمام الدائن الا أن يرتضى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض •

٥ — اذا كان المدين قد التزم بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، أى بعد وضعه موضع المقصر فى عدم تنفيذ التزامه : فانه يتحمل تبعة هلاك الشىء بفعل القوة القاهرة ، ولو كان هذا الهلاك قبل الاعذار على الدائن • اللهم الا اذا أثبت « أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه » م ٢٠٧ مدنى •

٤٥٠ — هذا ويترتب على استحالة التنفيذ — ما لم تكن استحالة مؤقتة ، توقف فحسب تنفيذ هذا الالتزام خلال مدة قيامها (٢) — انقضاء التزام المدين • فاذا كان العقد الذى يربطه بالطرف

---

(١) انظر فى هذا المعنى : جوسران بند ٩٦١ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٥٦ ، وقد قضى تبعا لذلك بأن انقضاء الالتزام بصيرورة تنفيذه مستحيلا بسبب القوة القاهرة ، شرطه حدوث القوة القاهرة خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ، ومن ثم فان تأخر المدين فى التنفيذ لا يخوله التمسك بوقوعها ، انظر نقض مصرى ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٤١ ص ١٧٦٦ •

(٢) انظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١١٢ ص ٦١٢ ؛ نقض فرنسى ١٩٨١/٢/٢٤ (د• ١٩٨٢ — ٤٧٩ وتعليق مارتان) •

الآخر ملزما له وحده ، فان الدائن فيه لن يستطيع بعد الاستحالة أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه . ولذلك يقال بأنه فى العقود الملزمة لجانب واحد ، تكون تبعة الهلاك على الدائن بالالتزام الذى استحال تنفيذه . حين أنه ، لو كان العقد الذى يربط المدين بالطرف الآخر ملزما للجانبين ، فلن يكون بامكان المدين ، وقد سقط التزامه : أن يطالب الطرف الآخر بشىء ؛ فالعقد سينفسخ ، ويعفى الطرف الآخر من تنفيذ التزامه . ولذلك يقال بأنه فى العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة استحالة التنفيذ على عاتق المدين الذى استحال تنفيذ التزامه (١) .

المبحث الثالث

التقـادم المسقط (٢)

La prescription extinctive

تعريفـه ، واساسه :

٤٥١ — التقادم المسقط ، هو سبب ينقضى به الالتزام حين يقعد الدائن عن مطالبة مدينه به ، على امكان هذه المطالبة ، المدة التى يحددها القـانون (٣) .

٤٥٢ — ويقف وراء ما يجعله المشرع لمضى المدة من أثر فى اسقاط الالتزام (الحق) ، أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه ، رغم امكان هـذه المطالبة ، ولمدة طويلة ، انما ينهض فى كثير من الأحيان قرينـة على وفاء المدين به . ولمـا كان من غير المقبول الزام المدين بأن يحتفظ بسند الوفاء الى ما لا نهاية ، فان من شأن هـذه القرينة أن تعفيه

---

(١) انظـر من تطبيقات القضـاء المصرى فى هـذا المعنى : نقض ١٩٨٠/١٢/٢٢ المجموعة السـنة ٣١ رقـم ٣٨٨ ص ٢٠٨٢ ، نقض ١٩٧٧/٤/١٥ المجمـوعة ٢٨ — ١٥٦ — ٦٠٩ ، نقض ١٩٧٧/١/١١ المجموعة ٢٨ — ٤٨ — ٢١١ .

(٢) انظر فى هـذا الموضـوع ، بصفة خاصـة : د. عبد المنعم البدراوى ، اثر مضى المـدة فى الالتزام . رسالة القاهرة . ١٩٥٠ .

(٣) على ان يلاحظ ، أن التقـادم المسقط هو نظـام قانونى عام ، لا يقتصر نطاقه على الحقوق الشخصية ، وانما تخضع له أيضا الحقـوق العينية ، فيما عدا حق الملكية ، تلك الحقوق التى تسقط ، هى الأخـرى ، بعدم استعمال صاحبها لهـا ، المدة المحددة قانونا . انظر فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٣٥٧ .

من اثبات قيامه بالوفاء فعلا اذا فقد سنده ؛ وطالبه الدائن بعد مضى المدة التى حددها القانون •

ويضاف الى الاعتبار السابق ، أن المدين غالبا ما يفى بديونه من دخله • وعدم اسقاط هـذه الديون مهما مضى عليها من زمن ، قـد يؤدى — مع اهمال الدائن فى المطالبة — الى تراكم هـذه الديون على المدين : حين أن هـذا الأخير فى الواقع أولى بالرعاية من ذلك الدائن المهمـل •

بل ان اسقاط الالتزام بمضى المـدة ، قـد يجد أساسه كذلك فى اعتبارات الصالح العام • فقد أراد المشرع — بهذا النظام — أن يجنب المحاكم النظر فى منازعات قـد يصعب الفصل فيها ، بالنظر الى مضى مدة طويلة على الحقوق محل المطالبة فى هـذه الدعاوى • كما أنه حرص — من ناحية أخرى — على عدم قلقلة الأوضاع التى استقرت ؛ بمـا يجعـل من الضرورى قفل باب القضاء أمام الدائن الذى يهمل فى اقتضاء حقه مدة طويلة من الزمن [1] •

وتتضافر هـذه الاعتبارات المختلفة ، لتبرير نظام التقادم المسقط ككل . وان كان لاختلاف الأساس الذى يستند اليه نوع من التقادم ؛ عن الأساس الذى يستند اليه النوع الآخر ، نتائجه الهامة على أحكام التقادم فى كل فرض [2] ، خاصة حين يتضمن موقف المدين معنى عدم الوفاء بالالتزام ، على ما سيتضح فيما بعد •

تقسـيم :

ونقسم هـذا المبحث الى ثلاثة مطالب : نعرض فى أولهما لمدد التقادم ، ونعالج فى الثانى كيفية حساب هـذه المدد ؛ لنكرس الثالث لأحكام التقـادم •

---

(١) وقد رأى فيه جوسران — تبعا لذلك — وسيلة من وسائل « الأمن القـانونى » « mereure de « Police juridique » ، انظـر جوسران بنـد ٩٧٠ ، ولمزيد من التفاصيل فى الأسس التى يقوم عليها نظام التقادم المسقط راجع جوجلار (دروس مازو) بنـد ١١٦٦ ، ١١٦٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٨ .

المطلب الأول
مدد التقـــادم

القاعدة العـــامة . سقوط الالتزام بمضى خمس عشرة سنة :

٤٥٣ — يتقادم الالتزام — كقاعدة عامة — « بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٣٧٤ مدنى [1] . وذلك « فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون » .

الاستثناءات :

٤٥٤ — وفضلا عن الحالات سابق الاشارة اليها ، والتى سنجد المناسبة للتعرض لهـــا فيما بعد ، فقد نظم المشرع ، الى جانب هـــذا التقادم العادى . نوعا آخر من التقادم الأقصر ، تكون مدته فى بعض الحالات خمس سنوات ، وفى البعض الآخر ثلاث سنوات ، وفى بعض ثالث سنة واحدة . وذلك على التفصيل التالى :

اولا — التقادم الخمسى :

٤٥٥ — تتقـــادم بخمس سنوات فقط ، الطائفـــة التالية من الحقوق :

(ا) الحقوق الدورية المتجـــددة [2] : م ٣٧٥ :

٤٥٦ — يعتبر الحق دوريا ، اذا كان يستحق فى مواعيد متتالية ؛ ويعتبر متجددا، اذا كان استيفاء ما يستحق منه فى موعده لا ينتقص من أصله . أو بعبارة أخرى . اذا كان يستحق بصفة مستمرة ما بقى مصدره المنشىء .

---

(١) اما فى فرنسا ، فالقاعدة العامة فى مدة التقادم هى ثلاثون ســـنة (م ٢٢٦٢ مدنى) . ويرى بعض الشراح فيها مدة بالغـــة الطول لم تعـــد تتناسب وطبيعة العصر ، أنظر جوجلار بند ١١٧٣ ، وقارن كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـــد ٣٥٩ .

(٢) أنظـــر ، من تطبيقات القضـــــاء المصرى : نقض ١٩٧٧/١/١٩ المجموعة السنة ٢٨ (العـــدد ١) رقم ٩١ ص ٤٧٨ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨ (ع ١) — ١٦١ — ٩٤٨ .

وتظل للحق صفة الدورية ولو كان موعد الاستحقاق الدورى أكثر من سنة ، وذلك خلافا لما كان يأخذ به المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الملغاة . كما أنه لا يلزم لدوريته وتجدده ؛ أن يكون قدره ثابتا فى كل استحقاق .

والحق الذى يتقادم بخمس سنوات ؛ لا يكفى فيه توافر احدى هاتين الصفتين ؛ وانما يلزم أن يكون دوريا ومتجددا فى آن واحد ، والا خضع للتقادم العادى . ولذلك ؛ فان الديون المقسطة — على سبيل المثال — لا تخضع للتقادم الخمسى برغم دوريتها ؛ لأنها غير متجددة ، حيث أن الوفاء بقسط منها انما ينتقص من أصل الدين . كذلك يخضع للتقادم العادى ما كان من الديون متجددا بطبيعته ثم فقد هذه الصفة وتحول الى مبلغ ثابت (كما لو اتفق على اضافة الفائدة الى رأس المال ، وتحرر بالمجموع سندا واحدا) .

ومن أمثلة الحقوق الدورية المتجددة ، ما ورد ذكره — على سبيل المثال لا الحصر — فى المادة ٣٧٥ « كأجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والايرادات المرتبة والمهايا والأجور[1] والمعاشات » .

٤٥٧ — ولما كان المشرع — فى النص السابق — لم يستلزم لسقوط الدين الدورى المتجدد : أن يحلف المدين اليمين على سداده ، بل بالعكس نص صراحة على سقوطه « ولو أقر به المدين » (م ٣٧٥) ،

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٩/٥/٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٢) ، رقم ٢٣٤ ص ٢٧٠ (وقد قضت فيه بأن حق العامل فى الأجر هو حق دورى متجدد يخضع للتقادم الخمسى ، ولا تزول عنه هذه الصفة بتجدد الأجر وصيرورته مبلغا ثابتا فى الذمة) . وانظر ايضا نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ١٣٠ ص ٦٦٣ (وقد قضت فيه بأن حق العامل فى الأجر الاضافى وبدل السكن وبدل السفر هو من الحقوق الدورية المتجددة التى تخضع للتقادم الخمسى) .

فان أساس التقادم هنا لا يكون قرينة الوفاء ؛ وانما هـو فى الواقع حمـاية المدين من تراكم الديون الدورية المتجددة عليه ، بمـا يردق كاهله [١] ، خاصة وأنه يفيها عادة من دخله ، بما يتعين معـه تغليب مصلحة هذا المدين على مصلحة الدائن المهمل فى اقتضاء حقوقه .

٤٥٨ ــ غير أن المشرع عاد فأخرج من حكم التقادم الخمسى . كلا من « الريع المستحق فى ذمة الحائز سىء النية » ، وكذلك « الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين » م ٣٧٥/٢ . حين أخضع سقوطهما للتقادم العادى ، وهو خمس عشرة سنة .

ورغم أن الريع ، فى كلا هذين الفرضين يمكن أن يعتبر فى ذاته وبطبيعته ، دوريا ومتجددا ، الا أن الدين به لا يصدق عليه فى الواقع هـذا الوصف [٢] . لأن أساس التزام الحائز وناظر الوقف فى الفرضين السابقين انما هـو الفعل غير المشروع ؛ لأن مستحقى هـذه الديون لا يطالبون بها باعتبارها ريعا ، وانما باعتبارها تعويضا ترتب لهم فى ذمة كل من الحائز أو ناظر الوقف ، لقاء ما أصابهم من ضرر نتيجة ما قبضه أو ما قصر فى قبضه من ثمار ، الحائز سىء النية ، أو نتيجة ما استهلكه ناظر الوقف من غلة هـذا الوقف بتعديه أو بتقصيره . غير أن المشرع لم يشأ أن يترك هـذه الحقوق تتقادم بثلاث سنوات ، كما هو الحال فى دعوى التعويض عن العمل غير المشروع ، فيكون حظهـا من مدة السقوط أقل من الحقوق الدورية المتجددة ، حـين أن الريع بطبيعته دورى ومتجدد . ولذلك أخضعها لحـكم التقادم العادى وهو خمس عشرة سنة .

---

(١) انظر فى هـذا المعنى : ستارك بنـد ٢٤٨٥ .

(٢) انظر أيضا نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقـم ٢٠٤ ص ١٠٣١ (وقد قضى فيه بأنه اذا ما كان عقد الايجار باطلا بطلانا مطلقا ، فان حق المؤجر فى المطالبـة بالريع يسقط بالتقـادم بمضى خمس عشرة سـنة) .

(ب) حقوق بعض اصحاب المهن الحرة :

٤٥٩ — كذلك « تتقــادم بخمس سنوات ، حقوق الأطبــاء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين » م ٣٧٦ • على أن يلاحظ ما يأتى :

١ — أن تعداد المهن الحرة التى وردت فى هــذا النص ، هــو تعداد حصر • ومن ثم يخضع للتقادم العادى (وليس الخمسى) حق من لا يمتهن أى من هــذه المهن : كحق المؤلف قبل الناشر ، وحــق الفنان أو المحاسب •

٣ — يبدأ سريان تقادم هــذه الحقوق « من الوقت الذى يتم فيه تكون مستحقة لمن ورد ذكرهم فى هــذا النص « جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » م ٣٧٦ •

٣ — يبدأ سريان تقادم هــذه الحقوق « من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى » م ١/٣٧٩ • فطبيب العائلة — على سبيل المثال — حين يكون أجــره محددا على أساس كل عملية على حدة ، فان حقه — اذا استمر يكرر زيارته لمريض واحد فى خصوص مرض واحد — لا يعتبر قائما الا من آخر زيارة • ومن ثم لا يبدأ سريان تقادمه الا منذ هذا الوقت الذى أتم فيه تقدمته • أما اذا كان يعود أكثر من مريض ، فانه ينظر الى كل عملية على حدة ، فمتى انتهى منها ، اعتبر حقه قائما ، ويبدأ سريان التقادم فى خصوصه ، ولو كان لا يزال يعود مريضا آخر •

٤ — أن من المسلم به — بالرغم من أن المشرع لم يقتض لامكان التمسك بالتقادم : أن يحلف المدين يمينا على تأدية الدين — أن أساس التقادم فى هــذه الحالة هــو قرينة الوفاء • لأن الغالب ألا يتراخى أصحاب هــذه المهن فى اقتضاء حقوقهم عنها لأكثر من خمس سنوات • فضلا عن أن العادة لم تجر على أن يحرر المدينون فيها مخالصات تثبت

سدادها لأن الدائنين بهـا لم تجر عادتهم بدورهم على تحرير السندات المثبتة لحقهم فيها • ومتى كان ذلك ، فاذا تضمن موقف المدين ما يتنافى وهـذه القرينة ، فانه لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم (كما لو بدأ أولا بانكار الدين من أساسه) •

٥ ــ أنه « اذا حرر سند بحق من هـذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٢/٣٧٩ • ويجد هـذا النص تبريره ، فى أن المدين ــ فى مثل هـذا الفرض ــ لو كان قـد أوفى حقيقة لكان قـد اهتم بأن يأخذ من الدائن مخالصة الوفاء . ما دام أن هـذا الأخير قـد سبق الى اقتضاء سند مثبت لحقه فى مواجهة المدين •

ثانيا ــ التقـادم الثلاثى :

٤٦٠ ــ وفقا للمادة ٣٧٧ ، تتقادم بثلاث سنوات فقط :

(أ) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة م ١/٣٧٧ • فاذا كانت هـذه الضرائب أو الرسوم سنوية ، فان تقادمها يبدأ فى السريان من نهاية السنة التى تستحق عنها [١] • أما اذا كانت رسوما تستحق عن أوراق قضائية ، فان تقادمها يبدأ فى السريان من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة •

(ب) ما حصلته الدولة من ضريبة أو رسم بغير وجه حـق • م ٢/٣٧٧ • حين يبدأ سريان تقادم الحق فى المطالبة برد هذه الضرائب أو الرسوم ، من يوم دفعها (م ٢/٣٧٧) [٢] •

---

(١) انظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجمـوعة السنة ٢٩ رقـم ٣٣٢ ص ١٧٢٦ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن التقادم يبـدأ فى السريان من يوم هذا الدفع ، دون توقف على علم الطالب بحقه فى الرد . أنظـر نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٦٤ ص ١٥١٩ •

٤٦١ — على أنه يجب أن يلاحظ ، أن الأحكام السابقة ، التى وردت فى الفقرة الأولى والثانية من المـادة ٣٧٧ لا تخـل — وفق صريح نص الفقـرة الثالثة من نفس المـادة — « بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة » [١] . وفضلا عن هذا الاستدراك العام ، فان نص الفقـرة (أ) من المـادة ٣٧٧ — فى خصوص « الضرائب والرسوم المستحقة للدولة » قـد عدل بمقتضى المـادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ وأصبحت مدة تقادم هـذه وتلك هى خمس سنوات [٢] ، سواء كانت هـذه الضرائب أو الرسوم ، دورية (كعوائد الأملاك ، أو الضرائب العقارية على الأراضى الزراعية) [٣] أو غير دورية (كضرائب التركات ، ورسم الأيلولة) [٤] أما الحق فى استرداد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق : فلا زالت القاعدة العامة بشأنه هى قاعدة التقادم الثلاثى [٥،٦] .

---

(١) انظر — تبعا لذلك — ما قضت به محكمة النقض من أن تقـادم الحق فى استرداد صاحب الشأن رسوم الشهر العقارى ، انمـا يبـدأ فى السريان من تاريخ استحالة اجراء الشهر . نقض ١٩٧٨/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٠٧ ص ٥٤٥ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقـم ٤٧ ص ٢٢٧ ، نقض ١٩٧٩/١/١٠ المجمـوعة السـنة ٣٠ (عدد ١) رقـم ٣٩ ص ١٥٢ ، نقض ١٩٧٧/٣/١ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ١٠٨ ص ٥٨٦ .

(٣) أنظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجمـوعة السنة ٢٩ رقـم ٣٣٢ ص ١٧٢٦ .

(٤) انظـــر من تطبيقات القضـــاء المصرى : نقض ١٩٧٨/١/١٠ المجموعة السـنة ٢٩ رقـم ٣٣ ص ١٣٨ (وقـد قضت فيه بأن الوفاة هى الواقعة المنشئة لرســم الأيلولة وضريبـة التركات ، ومن ثم تكون الوفاة هى مبدأ سريان التقادم الخمسى) .

(٥) أنظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص ١٥٢٧ .

(٦) ومن بين الاسـتثناءات التى نرد على هذه القاعدة : ما يقضى به القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مستحقات هيئة التأمينات قبـل أرباب الأعمـال ، من اشتراكات عن عمالهم ، حيث يسقط حقهم فى اســترداد ما يدفعـونه من اشتراكات زائـــدا عما يلتزمون به قانونا ، بانقضـاء ســنتين من تاريخ الدفع . انظـر فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص ١٥٢٧ .

٤٦٢ — ومن ناحية أخرى ، فقد قرر المشرع لبعض الحقوق الأخرى ، تقادما ثلاثيا : فى نصوص متفرقة ، نجد المناسبة هنا للاشارة الى بعض منها :

فمن ذلك ، ما تقضى به المـــادة ١٧٢ من سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، بالتقادم الثلاثى ، وذلك « من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه » [1] ؛ وذلك بحد أقصى خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع • ومنه أيضـــا ما نص عليه فى المـــادة ٧٥٢ من تقادم ثلاثى للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين ، حيث تحسب المدة من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى • (وراجع كذلك : ما نص عليه المشرع من تقادم ثلاثى فى المواد ١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٩٧ ، فى خصوص سقوط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب ، ودعـــوى رد غير المستحق ودعوى الفضـــالة •

ثالثا — التقـــادم الحولى :

٤٦٣ — وتتقادم بسنة واحدة ، وفقا للمادة ٣٧٨ ، الطوائف التالية من الحقوق :

(أ) « حقوق التجار والصناع » ، بشرط أن تكون ناشئة عمـــا ورده « لأشخاص لا يتجرون فى هـــذه الأشياء » • وبديهى أن كل صفقة توريد تعتبر مستقلة عن الأخرى ، ويسرى التقادم بشأنها من وقت اتمامها ، طبقا للعرف المتبع ، ولو استمر التاجر أو الصانع يقدم توريدات أخرى • وكذلك أيضا « حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم ، عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم » • وتحسب

---

(١) أنظـــــر نقض ١٩٧٨/٥/٢٣ المجموعة السـنة ٢٩ رقم ٢٥٥ ص ١٣٠٦ (وقد جاء فيه أن العلم الظنى الذى لا يحيط به المضرور بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه ، لايبـــدأ منه سريان التقادم الثلاثى لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع) •

كل اقامة مستقلة عن سابقاتها ولو كان النزيل يعتاد الأقامة فى فندق معــين •

(ب) « حقوق العمال والخدم والأجراء . من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » •

٤٦٤ — وهــذا النوع من التقادم الحولى ، يستند فى تصور المشرع نفسه الى قرينة الوفاء ، اذ لا يعقل أن الدائن بأمثال هــذه الحقوق ، خاصة اذا كان عاملا أو خادما أو أجيرا ، يسكت عن اقتضاء حقه لمدة أكثر من سنة •

وقــد رتب المشرع على هــذه القرينة النتائج التالية :

١ — أنه — تماما كما هو الحال فى تقادم حقوق بعض ذوى المهن الحرة خمسيا ، ولنفس العلة — « اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٢/٣٧٩ •

٢ — أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قــد تقادم بسنة ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا • وهــذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه الى ورثة المدين أو أوصيائهم ان كانوا قصرا . بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » م ٢/٣٧٨ •

ويتفرع على تأسيس هــذا التقادم على قرينة الوفاء ، أنه اذا تعارض موقف المدين مع هــذه القرينة ، فانه لا يجــوز له التمسك بالتقادم الحولى • كمــا لو بدأ — على سبيل المثال — بانكار نشــوء الدين أصــلا •

المطلب الثانى
كيفية حساب مدة التقادم

مبدا سريان التقـادم :

٤٦٥ — لمـا كان مبنى التقادم ، كما سبق أن ذكرنا هـو أن الدائن يقعد عن المطالبة بحقه ، مع امكان هـذه المطالبة ، المدة التى حددها القانون ، بما يبرر سقوط هـذا الحق [(١)] ، فانه يفترض بداهة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . ومن ثم يصبح مفهوما ما تقضى به المـادة ١/٣٨١ من أنه « لا يبدأ سريان التقادم — فيما لم يرد فيه نص خاص — الا من اليوم الذى أصبح فيه الدين مستحق الأداء » . ويتفرع على ذلك :

١ — أنه اذا كان الدين معلقـا على شرط واقف . فان التقادم لا يسرى فى شـأنه — « الا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط » م ٢/٣٨١ . وقـد سبق أن أشرنا الى أنه استثناء من قاعـدة الأثر الرجعى للشرط ، لا تحتسب مدة التعليق فى حسـاب مـدة التقادم المسقط ، فلا يبدأ هذا الأخير فى السريان الا منذ تحقق الشرط .

٢ — أنه اذا كان الدين مضافا لأجل واقف : فان التقادم لا يسرى فى شأنه الا من وقت حلول الأجـل ، سواء بانقضائه ، أو بسقوطه أو بالتنازل عنه . (م ٢/٣٨١) .

٣ — أنه اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة ، وعين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، فان التقادم يبدأ فى السريان من بداية هـذا الميعاد .

---

(١) وقـد قضت محكمـة النقض المصرية بأن علم هيئـة التأمينات الاجتماعية بالتحاق عمال بالمنشأة ، يجرى مدة تقادم سقوط مستحقاتها قبل رب العمل . نقض ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقـم ٤٧ ص ٢٢٧

٤ — أنه ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع (وهو التزام البائع بتعويض المشترى عن استحقاق المبيع للغير وهو فى يده) . فان تقادمه لا يبدأ فى السريان « الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق » م ٢/٣٨١ • أو من تاريخ صدور الحكم النهائى بثبوت الاستحقاق للغير •

٥ — أنه « اذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن » كما هو الحال فى السندات الواجبة الدفع عند الاطلاع ، فان التقادم يسرى « من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته » م ٣/٣٨١ • والأصل أن الدائن يتمكن من اعلان ارادته اقتضاء هذا الحق من يوم نشأته • وعندئذ يسرى التقادم من ذلك الوقت ، ما لم يثبت أنه لم يكن فى استطاعته أن يطالب بالدين الا فى تاريخ لاحق ، فيسرى التقادم — عندئذ — من ذلك التاريخ •

طريقة حساب المدة :

٤٦٦ — « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات » (م ٣٨٠) • ومعنى ذلك أن كسور الأيام لا تدخل فى حساب مدة التقادم : بما يستتبع بالضرورة ، ألا يحسب اليوم الأول (م ٣٨٠) • وتكتمل مدة التقادم « بانقضاء آخر يوم منها » م ٣٨٠ • ومعنى ذلك ، أن اليوم الأخير يدخل فى الحساب ، ومن ثم يقع صحيحا ما يتخذ فيه من اجراءات قانونية • وفيما بين اليوم التالى لليوم الأول ، وحتى اليوم الذى يكتمل فيه التقادم ، يدخل فى حساب المدة ما يعرض خلال هذه الفترة من أيام المواسم والأعياد • أما على العكس ، اذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة أو عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الاجراءات فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم ، الى أول يوم عمل يلى العطلة أو العيد أو الموسم • فاذا انقضى هذا اليوم دون أن يطالب الدائن بحقه فيه ، اكتملت مدة التقادم ، وسقط الحق •

المطلب الثالث

ما يعترض سريان التقادم (الوقف والانقطاع)

٤٦٧ — قد يعترض سريان التقادم بعض العوارض التى تؤثر فى مدته • وهذه العوارض هى الوقف والانقطاع •

وتجدر الاشارة — قبل الخوض فى تفاصيل هذه العوارض — الى ما تجرى عليه محكمة النقض فى مصر . من أن لمحكمة الموضوع — متى دفع أمامها بالتقادم — أن تبحث ، ولو من تلقاء نفسها ما يعترض مدة التقادم من وقف أو انقطاع ، متى تبينت سببه من أوراق الدعوى (1) •

أولا — وقف التقادم (2) :

٤٦٨ — سبق أن أشرنا الى أن مبنى نظام التقادم ، هو أن المشرع قد ترك للدائن فترة كافية من الزمن ، يمكنه خلالها أن يطالب بحقه • فاذا قعد عن هذه المطالبة مع امكانها ، استحق سقوط هذا الحق • لذلك يكون من البديهى . ألا يحاسب الدائن على مدة كان لا يستطيع خلالها أن يطالب بحقه • ومن ثم فقد جعل المشرع مبدأ سريان التقادم من وقت صيرورة حق الدائن مستحق الأداء • والمكمل الطبيعى لذلك أن يكون من الضرورى ألا تدخل فى حساب مدة التقادم ،

---

(1) انظر نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ .

كذلك جاء فى حكمها الصادر فى ١٩٧٨/٣/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٥٢ ص ٧٧٣ انه : « جرى قضاء هذه المحكمة على انه حسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها ان تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع ، اذ ان حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضى التثبت من عدم قيام احد اسباب الانقطاع . ومن ثم فللمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم اذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه » .

(2) أنظر ، فى تنظيم القانون الفرنسى لوقف التقادم : ستارك بند ٢٤٩٩ — ٢٥٠٣ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١١٨١ — ١١٨٤ ، مارتى ورينو بند ٨٧٣ .

الفترة الزمنية التى لم يكن بامكان الدائن خلالها أن يطالب بحقه ، وطيلة ما بقى السبب المانع من المطالبة • ويقال عندئذ بأن التقادم يقف عن السريان • فوقف التقادم اذن ، هو تعطيل سريانه ، لأحد الأسباب التى تحول بين الدائن والمطالبة بحقه • ليبقى موقوفا ما بقى هذا السبب • فاذا زال [1] . استأنف التقادم سريانه ، دون أن تدخل فى حساب مدته . الفترة التى توقف فيها • ومن ثم يؤدى الوقف الى اطالة مدة التقادم بقدر مدة هذا الوقف •

٤٦٩ — وقد عرض المشرع لأسباب الوقف فى المادة ٣٨٢ ، ويتضح منها أن هناك سببا عاما يوقف التقادم أيا كانت مدته ، وأن هناك سببا خاصا يوقف التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات •

١ — فالتقادم ، بوجه عام . لا يسرى « كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه [2] ، ولو كان المانع أدبيا » [3،4] م ١/٣٨٢ •

---

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة السنة ٣٠ ، عدد ١) رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ .

(٢) وكان واضعوا القانون المدنى الفرنسى القديم قد راوا عدم تحديد حالات للوقف على سبيل الحصر ، وفضلوا وضع قاعدة عامة بموجبها يقف التقادم كلما استحال على الدائن أن يطالب بحقه ، وأيا كان سبب هذه الاستحالة . اما واضعوا المجموعة الحالية فقد رأوا — ازاء ما لوحظ فى العمل من تزايد حالات التذرع بوجود هذه الاستحالة وعلى الأخص التذرع بعدم العلم بوجود الحق — تحديد حالات الوقف على سبيل الحصر . وهو ما ترجمته المادة ٢٢٥١ حين قضت بأن التقادم يسرى ضد جميع الأشخاص ، اللهم الا فى الحالات الاستثنائية المحددة قانونا . الا أن ذلك لم يمنع القضاء من التوسع فى تطبيق حالات الوقف . وقد فسر الحالات المحددة صراحة فى نصوص القانون بأنها حالات خاصة مبنية على وضع شخصى يكون الدائن فيه فى حالات معينة ، لا تحرم القضاء سلطته فى ان يرى فى ظروف أخرى مختلفة ما يبرر وقف التقادم . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ١١٨١ ، ١١٨٣ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ .

(٤) والدفع بهذا المانع لا يجوز — بداهة — اثارته لاول مرة أمام محكمة النقض . أنظر نقض ١٩٧٩/١٢/٢٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٤١٧ ص ٤١٨ .

فأى مانع يحول بين الدائن والمطالبة بالحق ، يوقف التقادم [١] . ويظل هـذا الأخير موقوفا ما بقى المـانع قائما . سواء كان هـذا المـانع ماديا[٢] ، كقيام حرب أهلية أدت الى توقف المحاكم عن العمل ، أم كان مجرد مانع أدبى [٣] ، طالمـا أن ما بين الدائن ومدينه من علاقة ، لا يسمح له أدبيا بمطالبته ، وهو أمر يستقل بتقديره قاضى الموضوع وفق ظروف كل حالة على حدة . ومن أمثلة هـذه الموانع الأدبية ، علاقـة الزوجيـة [٤] ، وعلاقة الابن بأبيـه [٥] ، والعـامل برب

(١) وتقـدير قيـام هـذا المـانع هو — بداهة — من سلطة محكمة الموضوع . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ ، نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ . وتطبيقا لذلك . قضت محكمة النقض بأن اتهـام العامل وتقديمه للمحاكمة الجنائية ، لا يصلح سببا لوقف تقـادم دعواه بطلب الأجـر والمكافأة ، انظـر : نقض ١٩٧٩/١١/٢٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٣٤٩ ص ٦٢ ، وانظر أيضا نقض ١٩٧٧/١٢/٣١ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ٢ رقم ٣٣١ ص ١٩٢٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المعتقلين والمراقبين ، الموضوعة أموالهم تحت الحراسة ، تقف مواعيد سـقوط الحق ومواعيد الاجراءات بالنسبة لهم . أنظـر حكم ١٩٧٦/١/٢٤ المجموعة السـنة ٢٧ رقم ٦٥ ص ٢٨٨ ، وفى نفس المعنى حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ المجموعة ٢٧ (عدد ٢) رقم ٣١٣ ص ١٦٩٨ .

(٣) وقـد اعتبرت بعض الأحكام فى فرنسـا ، من قبيـل الموانع الأدبيـة الموقفة للتقادم ، وجود محادثات ودية بين المدين والدائن فى شأن استيفاء الدين ، انظر نقض (عرائض) ١٩٣٨/١١/٢٩ (د.ا ١٩٣٩—٩٩ ،) وكذلك جهل الدائن بوجود حق له فى مواجهة المدين طالمـا كان هذا الجهل مغتفرا من جانبـه : انظر نقض (عرائض) ١٩٤١/١/٢٧ (س. ١٩٤١ — ١ — ٧) .

(٤) والقانون الفرنسى يجعل — فى المـادة ٢٢٥٣ مدنى — صراحة ، من قيـام علاقة الزوجية سببا لوقف التقادم . ويبرر الفقه هذه القاعدة على أساس من أنه لولاها لتعين على اى من الزوجين يريد الحفاظ على حقه تجـاه الآخر من السقوط بالتقادم ، أن يقاضيه بهـذا الحق أو يوقع حجزا على أمواله ، وهو ما لا ينسجم وطبيعة العـلاقة الزوجية ، وما يعكر من صفو هـذه العلاقة . انظر ستارك بند ٢٥٠١ ، جوجلار (دروس مازو) بنـد ١١٨٢ .

(٥) وقـد قضت محكمة النقض المصرية بأن « صلة القرابة مهما كانت درجتها ، لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا ، بل يرجع فى ذلك الى ظروف كل دعوى على حدة ، تستخلص منها محكمة الموضوع — بما لها من سلطـة التقـدير — قيـام أو انتفـاء المـانع الأدبى ، دون معقب عليها فى ذلك ، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغـة .. » . نقض ١٩٧٨/٤/١٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٠ ص ١٠١٥ .

العمل [١] • وقــد اعتبر المشرع من هــذه الموانع الأدبية ؛ وبنص صريح علاقة الأصيل بنائبه . حين قضى فى المــادة ١/٣٨٢ بأنه « كذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » •

٢ ــ ولا يسرى ــ بصفة خاصة ــ « التقادم الذى تزيد مدته عن خمس سنوات . فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية ؛ أو فى حق الغائب أو فى حــق المحكوم عليه بعقوبة جنــاية . اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » [٢] (م ٢/٣٨٢) •

ويلاحظ هنــا . أن المشرع قــد قصر هــذا السبب من أسباب الوقف ؛ على التقادم العادى (١٥ سنة) • كما أنه اشترط صراحة لهــذا الوقف ألا يكون لأى من ناقص الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جناية ؛ نائب يمثله قانونا • ويفهم من هــذا القيد الأخير ؛ أن العلة فى هــذا السبب من أسباب الوقف ؛ أن من ورد ذكرهم فى هذا النص لا يملكون من الوسائل المــادية ما يمكنهم من المطالبة بحقوقهم . فضلا عن أن بعضهم ينقصه حسن الادراك ؛ بل ولا يمكنه قانونا أن يطالب بحقه ؛ بما يجعل من الضرورى وقف سريان التقادم فى حقهم • غير أن هــذه العلة كانت تقتضى فى الواقع تعميم هــذا السبب من أسباب الوقف وعدم قصره على ما تزيد مدته عن خمس سنوات • غير أنه يبــدو أن المشرع قــد وجد أن الاعتبارات التى دعته الى تقصير مدة تقادم بعض الحقوق (فى حالات التقادم الخمسى ، والثلاثى ، والحولى) ؛ هى أولى بالتفضيل من مصلحة الدائن القاصر أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جناية •

---

(١) فى هذا المعنى ايضا : د. اسماعيل غانم بند ٢٨٤ ؛ الاسكندرية الابتدائية ١٩٥١/١/٢١ مشار اليه فى هامش ٢ ص ٤٤٤ من نفس المؤلف . وراجع عكس ذلك ؛ وأن علاقة التبعية بين العامل ورب العمل مما لا يعتبر مانعا أدبيا : نقض ١٩٨٠/١٢/٢٨ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٣٩٨ ص ٢١٤١ .

(٢) فاذا كان للقاصر نائب يمثله ؛ فان التقادم يسرى : أنظر نقض ١٩٧٧/١/٤ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٤٠ ص ١٤٧ .

٤٧٠ — هـذا ويترتب على وقف التقادم ، كما سبق أن ذكرنا ، وأيا كان سببه ، ألا تدخل مدته فى حساب مدة التقادم ، فتمتد هـذه الأخيرة بمقدار مدة الوقف .

ثانيا — انقطاع التقـادم (١) :

٤٧١ — قـد يتخذ الدائن من الاجراءات ، خلال سريان مـدة التقادم ، ما ينفى عنه اهماله فى اقتضاء حقوقه . وقـد يقر المدين بحق الدائن فيغنى هـذا الأخير عن المطالبة بالحق . فاذا حدث أى من هذين السببين ، زال كل أثر لمـا مضى من مدة التقادم . ويقال عندئذ بأن التقادم قـد انقطع . فانقطاع التقادم اذن ، هو زوال لمـا مضى منه من مدة قبل حدوث سبب الانقطاع ، بحيث اذا عاد التقادم الى السريان ، بدأت مدة جديدة كاملة .

ويبين مما تقـدم أن من أسباب انقطاع التقادم ، ما يرجع الى الدائن ، ومنها ما يرجع الى المدين ، وذلك على التفصيل التالى :

(أ) ما يرجع الى الدائن :

٤٧٢ — ينقطع التقادم ، نتيجة لمـا يتخذه الدائن من الاجراءات التاليـة :

١ — المطالبة القضائيـة :

ويقصد بهـا اقامة الدعوى أمام القضاء ، بالحق (٢) الذى للدائن

---

(١) راجع فى هذا الموضوع : سنارك بند ٢٨٩٧ ، جوجلار (دروس مازو) بنـد ١١٧٨ — ١١٨٠ ، مارتى ورينو بنـد ٨٧١ — ٨٧٢ .

(٢) انظر نقض ٢٨/٣/١٩٧٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقـم ١٤٤ ص ٨١٢ (وقد قضت فيه بأن صحيفة الدعوى لا تعتبر قاطعة للتقادم الا فى خصوص الحق المرفوع به الدعوى وتوابعه . وان دعوى براءة الذمة من الدين لا تقطع تقـادم الحق فى استرداد ما تم تحصيله) . كذلك قضى بأن طلب الاعفاء من الرسوم القضائية لا يعتبر من قبيل المطالبة القضائية القاطعة للتقادم ، انظر نقض ٢/٥/١٩٧٧ المجموعة ٢٨ — ١٩٠ — ١١٠٤ ، وانظر نقض ٢٦/٥/١٩٧٦ المجموعة ٢٧ — ٢٢٦ — ١١٨٨ وقد قضت فيه بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما ، قاطعة التقادم فى خصوص هـذا الحق وحده ، وما التحق به من توابعه . وانظر فى نفس هذا المعنى : =

فى ذمة مدينه [1] أو بجزء من هـذا الحق ، حين ينقطع التقـادم ، فى الفرض الأخير « بالنسبة لباقى الحق : طالمـا أن المطالبة الجزئيـة دالة على التمسك بالحق بأجمعه » [2] . أو التدخل فى خصومة قائمة ، ومطالبة الدائن فيهـا بحقـه فى مواجهـة المدين • على أنه يشترط — بداهة — أن تكون المطالبة القضائية صحيحة . بمعنى أن تكون قـد رفعت بصحيفة دعوى صحيحة . والا فاذا كانت هـذه الأخيرة باطلة لعيب فى الشكل فانها تزول . ويزول معها كل أثر للمطالبة القضائية . بما فى ذلك قطع التقادم • كذلك لمـا كانت المطالبة القضائية تزول بترك المدعى (الدائن) للخصومة . أو نتيجة الحكم بسقوطها . فانه يزول بزوالها . أثرها القاطع للتقادم • ونفس الأمر لو صدر الحكم برفض الدعوى ، اذ يعتبر التقادم كمـا لو استمر ساريا طيلة المـدة التى استغرقها نظر هـذه الدعوى •

= نقض ١٩٧٦/١٢/١٤ المجموعة ٢٧ — ٣٢٠ — ١٧٤١ (عدد ٢) ، وانظر نقض ١٩٧٧/١٢/٣١ المجموعة ٢٨ — ٣٣١ — ١٩٢٥ (عدد ٢) ، وكذلك نقض ١٩٧٧/١/١٦ المجمـوعة ٢٨ — ٥٣ — ٢٤٤ وقد قضت فيهما بأن دعوى العـامل ايقاف تنفيـذ قـرار الفصل ، لا تقطع التقـادم بالنسبة لأصل الحق .

(١) وقد اشترطت محكمة النقض فى هـذه المطالبة : « ان يتوافر فيها معنى الطلب الجـازم بالحق الذى يراد اقتضـاؤه » وترتبت على ذلك ان « صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما » لا تعتبر « قاطعة له الا فى خصوص هـذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه او يسقط بسقوطه » . اما اذا « تغاير الحقان او تغـاير مصدرهما ، فالطلب الحاصل باحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر » . وتطبيقا لذلك ، قضت بانه ، لمـا كانت صحيفة الدعوى السابقة « لا تحتمل معنى الطلب الجازم بعناصر الأجر والعمولة والمنحة السنوية التى يطالب بها الطاعن فى دعواه الحاليـة ، وكانت هذه الحقوق لا تعتبر من توابع طلب الغاء قرار فصله الذى كان مطلوبا فى الدعوى السابقة بالمعنى السالف تحديده ، فان تلك الدعوى لا يكون من شأنها قطع سريان التقادم بالنسبة الى هذه الحقوق ، اذ انهـا لا تجب بوجوبه ولا تسـقط بسـقوطه » . نقض ١٩٧٨/٤/٢٢ المجموعة ٢٩ — ٢١٠ — ١٠٦٨ ، وانظر ايضا نقض ١٩٧٦/٥/٢٦ المجموعة ٢٧ — ٢٢٦ — ١١٨٨ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٨/٢/١٨ المجموعة ٢٩ — ١٠١ — ٥١٥ .

على أن المطالبة القضائية ، تقطع — على العكس — مدة التقادم « ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة » م ٣٨٣ (١) . وذلك فيما يبدو لدقة قواعد الاختصاص ، واحتمال الخطأ فيها فى كثير من الأحيـــان .

٢ — كما ينقطع التقادم كذلك « بالتنبيه (٢) ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو توزيع ، وبأى عمـــل يقوم به الدائن للتمسك بحقــه أثناء السير فى احدى الدعاوى » (٣) م ٣٨٣ .

(ب) ما يرجع الى المدين :

٤٧٣ — كذلك « ينقطع التقادم اذا أقر المدين بحـــق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا » م ١/٣٨٤ . ومن أمثلة الاقرار الضمنى ، أن يطلب المدين من دائنه أجلا للوفاء (٤) ، أو يقوم هـــذا المدين بسداد فوائد الدين أو جزء منه (٥) . والاقرار هو تصرف قانونى من جانب

---

(١) انظـــر من تطبيقات القضـــاء : نقض ١٩٨٠/١/١ المجمـــوعة ٣١ — ١٦ — ٦٦ .

(٢) ويقصـــد به التنبيه المنصـــوص عليه بالمـــادة ٢٨١ مرافعات ، والذى يوجب المشرع اشتماله على اعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين . انظر فى هذا المعنى نقض ١٩٧٨/٤/١٧ المجموعة الســـنة ٢٩ رقم ٢٠٠ ص ١٠١٥ (وقد قضت فيه ، تبعا لذلك ، بأن التكليف بالوفاء السابق على طلب امر الأداء لا يعتبر تنبيها قاطعا للتقادم ، اذ هو مجـــرد انذار بالدفع لا يكفى لترتيب هـــذا الأثر) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بهـــذا العمل « هو الطلب الذى يبديه الدائن فى مواجهة مدينه أثنـــاء السير فى دعوى مقامة ضـــد الدائن أو تدخله خصـــما فيها ، ويبين منه تمسكه ومطالبته بحقه المهـــدد بالسقوط » . انظر نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٢) رقم ٢٢٨ ص ٢٣٢ .

(٤) انظـــر من تطبيقات القضـــاء المصرى : نقض ١٩٧٨/١٢/١٤ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٧٣ ص ١٩٢٧ .

(٥) انظر ما قضت به — بحق — محكمة النقض من أن وفاء المستأجر بالقـــدر غير المتنازع عليه من الأجرة لا ينقطع به سريان التقادم الخمسى بالنسبة لفروق الأجـــرة المتنازع عليها ، نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ المجمـــوعة السنة ٢٩ رقم ٣٧٣ ص ١٩٢٧ .

واحـد : لا يلزم فيه شكل معين ، ويخضع فى اثباته للقواعد العامة . وقـد اعتبر المشرع من قبيل الاقرار الضمنى « أن يترك المدين تحت يـد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين » م ٣٨٤/٢ . ولقـد سبق أن ذكرنا فى موضع سابق [1] : أن بقاء العين المملوكة للمدين تحت يـد الدائن الحابس ، يعد بدوره اعترافا ضمنيا مستمرا من جانب المدين بوجود الدين .

* * *

٤٧٤ ـ فاذا انقطع التقـادم لأى من الأسـباب السابقة ، سقطت كل المدة السابقة على سبب الانقطاع و « بدأ تقـادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سببه الانقطاع » (م ٣٨٥) .

والأصل ، أن تكون مدة هـذا التقادم الجديد « هى مدة التقادم الأول » م ٣٨٥/١ . ومع ذلك فقد استثنى المشرع من هـذا الأصل الحالتين التاليتين :

١ ـ « اذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة ، وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مـدة التقادم الجـديد خمس عشرة سنة » م ٣٨٥/٢ . وأساس هـذا الاستثناء : أن التقادم الحولى يبنى على قرينة الوفاء . فاذا أقر المدين بحق الدائن سقطت هـذه القرينة ، وانقطع التقادم ، وبدأ من جديد تقادم عادى فى السريان بشأن هـذا الحـق .

٢ ـ اذا كان الدين مما يتقـادم بأقل من خمس عشرة سـنة (خمسيا ، أو ثلاثيا ، أو حوليا) ، وطالب به الدائن قضاء ، ثم حكم له بالدين « وحاز الحكم قوة الأمر المقضى » ، فان حق الدائن لا يسقط

---

(١) راجع سابقا بنـد ١٩٢ .

بعد ذلك الا بمضى خمس عشرة سنة [١] ، اللهم « الا أن يكون الدين المحكوم به ، متضمنا لالتزامات دورية متجددة : لا تستحق الا بعد صدور الحكم » م ٢/٣٨٥ ، فان هذه الالتزامات لا تسقط الا بمضى خمس سنوات على استحقاق كل منها • كما لو قضى للمؤجر بمتجمد الأجرة وبالزام المستأجر بدفع ما يستجد منها • فعندئذ يتقادم الحق فى متجمد الأجرة بـ خمس عشرة سنة ، أما الحق فى كل أجرة على حدة مما سيستحق ، فانه ، باعتباره دينا دوريا متجددا ، يتقادم بـ خمس سنوات من وقت استحقاقه •

المطلب الرابع
احكام التقادم

وجوب التمسك بالتقادم :

٤٧٥ — لم يكن من المتصور — فى الواقع — وأيا كانت اعتبارات المصلحة العامة التى تسند نظام التقادم المسقط ، أن يجعل المشرع لهذا النظام أثرا ذاتيا يترتب بقوة القانون بمجرد اكتمال مدته ، لأن الدين هنا يسقط دون وفاء به من جانب المدين ولا تنازل عنه من جانب

(١) وقد جاء فى حكم لمحكمة النقض تبعا لذلك انه : « لما كانت المادة ٣٨٥ مدنى ، فيما تنص عليه فقرتها ٢ من تقادم الدين بخمس عشرة سنة اذا صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضى ، تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير للدين متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضى فيه ما يحصنه ، واذ كان الحكم بالتعويض المؤقت — وان لم يحدد الضرر فى مداه — يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ، ولدين التعويض بما يرسيه ، غير معين المقدار ، مما يرتبط بالمنطوق أوثق الارتباط ، فتمتد اليه قوة الأمر المقضى . ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهى — بظاهر النص — حسبه فى استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلا بعد للتنفيذ الجبرى . وليس يسوغ فى صحيح النظر ان يقتصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزا له ودلالة عليه ، بل يمتد الى كل ما يتسع له محله من عناصر تقديره ولو بدعوى لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين ، بل يرفعها بذات الدين يستكمله بتعيين مقداره ، فهى بهذه المثابة فرع من أصل ، تخضع لما يخضع له ، وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمس عشرة سنة » ، نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ١٢٠ ص ٦٤١ ، وانظر فى نفس المعنى : نقض ١٩٧٩/١/٣١ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ٨٧ ص ٤٥٥ .

الدائن ؛ وقــد يأبى على المدين ضميره أن يهدر حــق الدائن بهــذا الشكل [1] . بما يجعل من الضرورى أن يعلق الأثر المسقط للتقادم على ارادة من جانب المدين . وهو ما أخذ به المشرع حين قضى فى المــادة ١/٣٨٧ بأنه « لا يجــوز للمحكمة أن تقضى بالتقــادم من تلقــاء نفسها [2] ؛ بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين [3] ... » . ويتضمن من هــذا النص : أن الالتزام لا ينقضى من تلقاء نفسه بمجرد اكتمال مدة التقادم ، وانما يتعين لذلك أن يتمسك المدين بهذا الانقضاء ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وهو ما يتفرع عليه أنه — أى المدين — اذا أوفى بالدين رغم اكتمال مدة التقادم فانه انما يســدد بذلك التزاما لا يزال — على حاله — مدنيا مستحق الأداء ؛ ومن ثم فانه لا يستطيع أن يسترد ما أوفاه متذرعا بأنه سدد دينــا انقضى بالتقادم ، حتى ولو كان وفاؤه قــد تم عن غلط : فى معنى أنه كان يجهــل — وقت أن قام به — أن الدين كانت قــد اكتملت مدة تقــادمه [4] .

ويقع التمسك بالتقادم عن طريق الدفع ؛ وهو دفع موضوعى ؛ يرد به المدين على مطالبة الدائن له بوفاء الدين . ومن ثم يجوز ابداؤه

---

(١) انظر فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بنــد ١١٨٩ .

(٢) ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسيان على هذا المعنى : حتى ولو كانت كل شروط التقادم متوافرة . انظر جوجلار بند ١١٨٩ ؛ شيفالييه . تعليق فى (ر.ت ١٩٦٥ — ٣٤٣) ؛ نقض ١٩٥٣/٣/٢٣ (د. ١٩٥٣ — ٣٣٧) ؛ نقض ١٩٧١/٥/٥ (د. ١٩٧١ — ٤٧٠ وتعليق هوبه) .

(٣) وبديهى أن الدفع بالتقادم — كدفع موضوعى — لا يجوز التمسك به لاول مرة أمام محكمة النقض . انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ .

(٤) انظر فى هــذا المعنى : جوجــلار بنــد ١١٨٧ ، ونقض فرنسى (تجــارى) ١٩٤٨/٦/٨ (ج.ب ١٩٤٨ — ٢ — ١٢٠) ؛ وفى مصر : د. السنهورى ج ٣ بند ٦٦٥ . ولمــا كان الالتزام الطبيعى لا يكون الوفاء به — بالمقــابلة — صحيحا الا اذا كان الموفى يعلم بطبيعته هــذه ، فقد رأى جوجــلار — تبعا لذلك — فى الالتزام المتقــادم « التزاما طبيعيــا renforcée » . جوجلار ، الاشارة السابقة .

« فى أية حـالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية » م ٢/٣٨٧ .

٤٧٦ — وكان مؤدى اعتبارات الضمير ، سابقة الاشارة ، أن يجعل المشرع مكنة التمسك بالتقادم للمدين وحـده . لكنه فى الواقع لم يفعل ذلك ، وانما رجح بعض مصالح أخرى رآها أجدر بالحماية من هـذه الاعتبارات الأدبية . فأجـاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم « ولو لم يتمسك به المدين » م ١/٣٨٧ .

ويعد ذا مصلحة فى التمسك بالتقادم ، فضلا عن المدين ، خلفـه العام ، والمدين المتضامن معه فى الدين (حـين يكون له أن يتمسك بالتقادم الذى اكتملت مدته بالنسبة لزميله وبقدر حصته) ، وكذلك الكفيل ، وحائز العقار المرهون لضمان دين المدين . بل أكثر من ذلك ، وبرغم اعتبارات الضمير سابقة الذكر والتى تجعل من التمسك بالتقادم مسألة يستقل المدين وحده بتقديرها ، أجـاز المشرع صراحة لدائنى المدين أن يتمسكوا نيابة عنه بالتقادم ، عن طريق الدعوى غير المباشرة (م ١/٣٨٧) بل وأجاز لهم ، اذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم ، أن يطعنوا فى هـذا النزول بالدعوى البولصية .

التنـازل عن التقـادم :

٤٧٧ — « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » م ١/٣٨٨ . أى قبل اكتمـال مدته [١] ، والا أصبح هـذا النزول المسبق ، شرطا مألوفا ودارجا فى العقود ، يمليه الدائنون على مدينيهم مقدما ، فتهدر بذلك اعتبارات الصالح العام ، التى كانت وراء تقرير نظام التقادم المسقط [٢] .

---

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقـم ٣٧ ص ١٣٧ وقد قضت فيه بأن اتفـاق المدين على عدم تمسكه بالتقـادم المسقط قبل انقضاء مدته هو اتفـاق باطل .

(٢) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بنـد ١١٨٩ .

انما اذا ثبت الحق فى التقادم ، باكتمال مدته ، جاز للمدين أن ينزل عنه [1] ، اذا رآه وسيلة لبراءة ذمتــه لا تستجيب والضمير • ويكون هــذا النزول صراحة أو ضمنا [2] • وانما يجب التشــدد فى اســتخلاص معنى التنــازل الضمنى ، فيجب أن تكون الوقائع التى يستخلص منها قاطعة فى الدلالة على معناه [3] ويؤول الشك الى نفيه ، اذ التنازل عن الحق لا يفترض [4] • ومن أمثلة التنازل الضمنى : أن يطلب المدين مهلة من الدائن بعد اكتمال مدة التقادم •

٤٧٨ — فاذا ثبت نزول المدين عن التقادم ، ظل الالتزام باقيا فى ذمته ، وبدأ تقادم جديد فى السريان ، تماما كما هو الحال فى انقطاع التقادم باقرار المدين [5] •

٤٧٩ — انما لا ينفذ هــذا النزول فى حق الدائنين اذا صــدر اضرارا بهم م ٢/٣٨٨ • ومن ثم يجوز لهؤلاء الدائنين — بالرغم من أن هــذا النزول لا يصــدق عليه وصف التصرف القــانونى المفقر ، اذ لا يتضمن انقاص حقوق المدين ولا زيادة التزاماته ، وانما لا يعدو أن يكون مجرد تأييــد لالتزام قائم من قبل — أن يطعنوا فى هــذا النزول بالدعوى البولصية • ويبدو أن واضعى المذكرة الايضاحية —

---

(١) انظــر نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ المجمــوعة السنة ٢٩ رقم ٣٨٥ ص ١٩٧٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى للتنازل الضمنى : محكمة نيس التجارية ١٩٦٣/٤/١٩ (ج٠ب ١٩٦٣ — ٢ — ٢٤٩) .

(٣) ولمحكمة الموضــوع سلطتها فى تقدير ذلك ، على أن تحمل قضاءها على اسباب تسوغه ، انظر : نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٨٥ ص ١٩٧٧ .

(٤) وقــد جاء فى حكم لمحكمة النقض انه : « وان كان من الجــائز حمل عدم التمسك بالتقادم محمل النزول الضــمنى عنه وفقا للظروف ، الا انه يشترط لصحة ذلك ان يكون الاستخلاص مستمدا من دلالة واقعيــة نافيــة لمشيئة التمسك به » . انظر نقض ١٩٧٨/١/١٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣ ص ١٣٩ .

(٥) ويرتب الفقه الفرنسى نفس النتيجة على الفــرض الذى يتنازل فيــه المدين عن التمسك بالتقادم خلال سريانه . انظر : مارتى ورينــو بنــد ٨٧٤ ، جوجلار بنــد ١١٨٩ .

وقـد جاراهم فى ذلك بعض الشراح — يسـتندون الى ما تقضى به الفقرة الثانية من المـادة ٣٨٨ ، من ضرورة أن يكون المتنازل عن التقادم أهلا للتصرف فى حقوقه ، حين اعتبروا هذا النزول من قبيل التبرعات ، ومن ثم أجازوا للدائنين الطعن فيـه دون حاجة لاثبـات الغش أو التواطؤ [١] • ونرى — على العكس — مع البعض الآخر ، أن النزول عن التقـادم لا يعتبر تبرعا [٢] ، ما دام أن الأثر المسقط للتقـادم لا يترتب الا اذا تمسك به المدين • فاذا كان هـذا الأخير لم يتمسك به ، أى تنازل عنه ، فانه بذلك لا يخرج مالاً من ذمته وانما يقتصر على تأييد التزام قائم من قبل ، ومن ثم يجب أن يخضع هـذا النزول لأحكام المعاوضات فى خصوص الدعوى البولصية •

عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

٤٨٠ — وفقا لصريح نص المـادة ١/٣٨٨ ، « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » ، سواء باطالة مدة التقادم ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة الدائن ، أو حتى بتقصير [٣] هذه المدة ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة المدين •

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٤٥ ، وانظر ايضا : د. الصدة بنـد ٢٦٠ ، د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بنـد ٤٣٨ .

(٢) من هذا الرأى د. السنهورى جـ ٣ بند ٦٦١ ، ٦٦٢ ، وهامش ٣ من ص ١١٤٩ ، د. اسماعيل غانم بنـد ٢٩٠ ، وقارن : د. البدراوى ، رسالته سابقة الاشارة بنـد ١٨١ ، د. محمود جمال الدين زكى بند ٦٢٢ ، د. جميـل الشرقاوى بنـد ١٣٥ .

(٣) ويرى الفقه الفرنسى — على العكس — ان الاصل هو صـحة الاتفـاق على تقصير مدة التقادم ، حيث يكون هـذا الاتفاق فى مصلحة المدين . انظر : ستارك بند ٢٥٠٤ ، مارتى ورينـو بند ٨٦٧ ، وانظـر ايضا : نقض فرنسى ١٩٥٠/١/٣١ (د. ١٩٥٠ — ٢٦١ وتعليق ليربور — بيجونيير ، س ١٩٥٠ — ١ — ١٢١ وتعليق نيبوييه ، جـ.ك.ب ١٩٥٠ — ٢ — ٥٥٤١ وتعليق أ. فيل) .

على ان هـذا الأصل يرد عليه قيدان : اولا : الا يكون من شان هـذا الاتفاق ان تكون مدة التقادم بالغة القصر حتى انه لا يعد يبقى امام الدائن تقريبا من الوقت ما يمكنه من المطالبة القضائية بحقه (انظر فى هذا المعنى ، السين المدنيـة ١٩٢٩/٢/٢٦ د.ا ١٩٢٩ — ٣٠٥ ؛ بيريجـو المدنيـة ١٩٥٤/٧/٦ ج.ب ١٩٥٤ — ٢ — ٢٧٨ ؛ ر.ت ١٩٥٥ — ٣٣٠ وتعليق =

وحظر الاتفاق على اطالة مـدة التقادم ، أمر مفهوم وواضح ، اذ هو التكملة الضرورية لحظر النزول عن التقـادم قبل ثبوت الحق فيه • ولولاه لأمكن للدائن أن يفرض على مدينه أن ينزل له عن التقادم مقدما ، بشكل غير مباشر ، حين يتفق معه على اطالة مدته الى أمـد بالغ الطول [١،٢] •

كما أن حظر الاتفاق على تقصير مدة التقادم لمصلحة المدين ، هو أمر مبرر أيضا ، رغم أن العكس قـد يبدو للوهلة الأولى • وذلك لأن المدين — فى بعض الأحيان — قـد يكون هو الطرف القوى فى العقد ، كشركات نقل الأشخاص أو — البضائع ، بمـا يخشى معه أن يفرض هـذا المدين تقصير مدة التقادم على دائنه • ولذلك يجيز المشرع ، فى بعض الحالات واستثناء من أصل حظر الاتفاق على تعديل مـدة التقادم ، ما اذا كان هـذا التعديل لمصلحة الطرف الضعيف فى العقد • كما هو الحال فى عقد التأمين • فالدعوى الناشئة عن هـذا العقـد ، تتقادم بمضى ثلاث سنوات • ومع ذلك يجيز المشرع ، التعديل فى هـذه المدة لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد (م ٧٥٢ ، ٧٥٣) •

= هنرى وليون مازو) . ثانيا : حالة ما اذا نص القانون صراحة على بطلان هـذا الاتفاق فى فرض خاص . ومثال ذلك ما تقضى به المـادة ٢٦ من قانون التأمين الفرنسى الصادر فى ١٣ يولية ١٩٣٠ . انظر فى تفاصيل هذه القيود : ستارك بنـد ٢٥٠٤ .

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بنـد ٨٦٦ ؛ جوسران بنـد ٩٩٠ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٣٦٤ .

(٢) ومع ذلك يقصر الفقـه الفرنسى بطلان الاتفاق ، على الاطالة المتفق عليهـا لحظة التعاقد . ولا يرى ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على ايقـاف التقادم ، الذى بدأ سريانه ، مؤقتا ، ريثما مثلا يتم بحث مسألة متعلقة بوجـود الدين نفسه . انظر فى هـذا المعنى . كولان وكابيتان ودى لاموراندير بنـد ٣٦٤ ؛ جوسران بنـد ٩٩٢ .

ما يترتب على التقادم من آثار :

٤٨١ — ويترتب على التقادم بعد التمسك به «انقضاء الالتزام» م ١/٣٨٦ ، لتسقط معه كذلك « الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » [١] م ٢/٣٨٦ • ولولا هذا النص ، لبقيت فوائد الخمس سنوات الأخيرة مستحقة للدائن ، باعتبارها دينا دوريا متجددا لم تكتمل مدة تقادمه •

ويؤسس بعض الشراح هذه النتيجة ، على أساس من فكرة الأثر الرجعي لانقضاء الالتزام بالتقادم ، اذ يجعلون هذا الانقضاء من وقت بدء سريان التقادم وليس من وقت اكتمال مدته [٢] • ومع ذلك يعودون فيستدركون من هذا الأثر الرجعي ، ما لو كان المدين قد سبق أن أوفى بجزء من الدين ، فلا يجيزون له استرداده ، مع أن مكنة هذا الاسترداد هي النتيجة المنطقية لفكرة الأثر الرجعي للتقادم • ولذلك نفضل — مع البعض والآخر — تأسيس سقوط ملحقات الالتزام مع سقوط أصله ، على أساس من فكرة تبعية الفرع للأصل [٣] •

٤٨٢ — غير أنه ، رغم انقضاء الالتزام بالتقادم ، الا أنه يتخلف عن هذا الانقضاء ، في ذمة المدين ، التزام طبيعي (م ١/٣٨٦) • وهو ما دعا البعض من الشراح الى القول بأن التقادم يسقط من الالتزام عنصر المسئولية فيه فقط ، دون عنصر المديونية [٤،٥] •

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٧٦/١١/١٤ المجموعة ٢٧ (عدد ٢) رقم ٢٩٥ ص ١٥٧٩ .

(٢) في هذا المعنى : د. السنهوري ج ٣ بند ٦٦٨ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٢٨٩ ؛ د. الصدة بند ٢٥٩ ؛ د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٤٣٥ ؛ وضمنا د. جميل الشرقاوي بند ١٣٦ .

(٣) د. عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ١٩٧٣ ج ٢ (أحكام الالتزام) بند ٤٣٧ .

(٤) انظر في هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٣ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٢٨٩ .

(٥) راجع — بوجه عام — في بسط تأصيل سقوط الدين بالتقادم : د. السنهوري ج ٣ البنود ٦٧٢ — ٦٧٤ (وهو يرى في البند ٦٧٤ أن التقادم يسقط كلا من الحق والدعوى التي تحميه) ؛ د. البدراوي ، رسالته =

مدد التقادم ، ومواعيد السقوط (١) :

٤٨٣ — والى جانب ما جعله المشرع لمضى المدة من أثر فى اسقاط الحقوق الشخصية (أو الالتزامات) (٢) على النحو الذى تقدم ، تستلزم كثير من النصوص ضرورة القيام باجراء معين ، وبالأخص رفع دعوى معينة ، خلال مهلة محددة ، والا سقط الحق فيه ، وكان اتخاذ هذا الاجراء بعد هذه المهلة عديم الأثر قانونا ، وذلك لا لحماية أوضاع استقرت ، كما هو الحال فى التقادم ، وانما بغية الاسراع فى تصفية مراكز معلقة ، دون أن يكون الأمر — على العكس من التقادم — متعلقا بمطالبة دائن لمدينه بوفاء الدين (٣) • ويقال لهذه المواعيد ، تمييزا لها عن مدد التقادم ، مواعيد السقوط Délai de déchéance ، أو المواعيد المحددة (أو المقطوعة) Délai préfix وهى — فى ضوء هدفها سابق التحديد — تتميز بأنها — على العكس من التقادم — لا تقبل أصلا الوقف ولا الانقطاع ، كما لا يجوز أصلا التنازل عنها ولو بعد ثبوت الحق فيها ، ويتعين على القاضى — أصلا —

سابقة الاشارة بند ٢٢٤ وما بعده (وهو يرى فى البند ٢٦٨ أن التقادم يسقط الدعوى فقط دون الحق) ؛ ومن الرأى الأخير أيضا : جوجلار بند ١١٨٧ ؛ كاربونييه بند ١٣٩ ص ٥٠٨ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣٧١ .

(١) راجع فى هذا الخصوص :

VASSEUR (Michel) : Délai préfix, délai de prescription, délai de procédure. R.T 1950 P. 439 — 472.

جوجلار ، تعليق على نقض (جنائى) ١٩٦٦/٥/١٧ (ج.ك.ب ١٩٦٦ — ٢ — ١٤٧٠٣) ؛ جوجلار و بونتافيس : تعليق على نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج.ك.ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٥٨١٤ مكرر) ؛ كاربونييه مقال المجلة الفصلية ١٩٥٢ سابق الاشارة ص ١٧١ — ١٨١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ ؛ مارتى ورينو بند ٨٥٩ ؛ ستارك بند ٢٤٩٤ ، ٢٥٠٣ ، وفى مصر : د. البدراوى رسالته سابقة الاشارة خاصة فقرة ٣٣ وما بعدها ، وفقرة ٤٨ ؛ ومؤلفه : أحكام الالتزام ١٩٧٣ سابق الاشارة بند ٤٠٣ ؛ د. الصدة بند ٢٥٧ ؛ د. اسماعيل غانم بند ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٢) وكذلك الحقوق العينية (عدا حق الملكية) كما سبق ان اشرنا . راجع سابقا ص ٣٢٣ هامش ٢ .

(٣) ولا بمطالبة صاحب حق عينى بحقه .

أن يراعيها من تلقاء نفسه • ومثالها : مدة السنة التى تستلزم المادة ١٢٩ مدنى ضرورة أن يرفع ضحية الاستغلال دعوى ابطال العقد أو انقاص التزاماته فيه (١) خلالها والا كانت غير مقبولة • وكذلك المدد التى تستلزم المواد ٩٤٠ وما بعدها — فى خصوص الأخذ بالشفعة — ضرورة أن يعلن الشفيع فيها رغبته فى الأخذ بها وايداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، والا سقط حقه فيها • ومدة الثلاث سنوات التى لا تجيز المادة ١/٩٧٧ بعدها للمالك الأصلى للمنقول المسروق أو الضائع أن يطالب باسترداده من تحت يد الحائز حسن النية الذى تملكه بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ... الخ (٢) •

وكثيرا ما يدق — فى الواقع تحديد ما اذا كان الأمر يتعلق بمدة تقادم أو بميعاد سقوط • وقد تكشف عبارة النص فى بعض الأحيان عن نوع المدة التى قصدها المشرع (٣) ، والا تعين فى هذا الشأن البحث عن الهدف المتوخى من تحديد المهلة ، أو كما عبرت محكمة النقض المصرية ، تعين البحث فى كل حالة على حدة « لمعرفة طبيعة البواعث التى دعت الى تعيين المدة فيها » (٤) • فاذا كان هذا الهدف هو وجوب الاسراع فى تصفية مراكز ليس من المصلحة بقاؤها معلقة مدة طويلة ، كان الأمر يتعلق بميعاد سقوط •

---

(١) محسوبة — هذه المدة — من يوم ابرام هذا العقد .

(٢) ومن أمثلتها الشهيرة فى فرنسا : مدة العشر سنوات التى يلتزم المهندس المعمارى والمقاول بضمان تهدم ما يشيدانه من مبان أو يقيمانه من منشآت ، أو ما يظهر خلالها فيها من عيوب تتهدد متانتها أو تجعلها غير صالحة للغرض المخصصة له . انظر بحثنا سابق الاشارة اليه « مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى » بند ٢٤٣ .

(٣) ومع ذلك ، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التعبير Sous Peine de déchéance الذى يرد فى نص مادة ما ، فى شأن مهلة ، لا يعنى بالضرورة أن الأمر يتعلق بميعاد سقوط . انظر نقض ١٩٧١/٣/٢ (ج.ك.ب ١٩٧١ — ٤ — ١٠٣) .

(٤) نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ اشار اليه د. اسماعيل غانم ص ٤٥٦ هامش ١ ؛ وفى هذا المعنى أيضا : د. اسماعيل غانم بند ٢٩٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .

والملاحظ فى فرنسا أن القضاء فى الآونة الأخيرة ، بدأ يقلل من الفوارق بين مدد التقادم ومواعيد السقوط [١] . فقد قبلت بعض الأحكام وقف النوع الأخير من المواعيد متى كان قد استحال على الدائن ، اثر قوة قاهرة ، رفع الدعوى فى المهلة المحددة [٢] . بل ورتب بعضها على رفع الدعوى خلالها انقطاع هذه المواعيد . ولو كانت هذه الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصة [٣] . والحل الأخير أخذت به أيضا محكمة النقض فى مصر فى بعض أحكامها [٤] .

---

(١) اشار الى ذلك جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .

(٢) انظر : نقض (عرائض) ١٩٤٦/١١/٢٥ (د. ١٩٤٨ — ٣٢١ وتعليق ج — هولو) ؛ (ر.ت ١٩٤٧ — ١٨٦ وتعليق لاجارد) ؛ وانظر ايضا تعليق فواران على نقض ١٩٥٥/١٢/١٣ (د. ١٩٥٦ — ١٩٣) ؛ وانظر فى تأييد هذا الاتجاه ، والتوصية بتعميمه : كاربونييه مقال المجلة الانتقادية ١٩٣٧ سابق الاشارة اليه .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج.ك.ب ١٩٦٩ — ٢ — ١٥٨١٤ مكرر) سابق الاشارة اليه ؛ نقض ١٩٥٦/١٠/١٧ (ر.ت ١٩٥٧ — ١٧٥ وتعليق رينو) .

(٤) انظر نقض ١٩٥٣/١١/٥ اشار اليه د. اسماعيل غانم ص ٤٥٦ هامش ١ .

قائمة المراجع

اولا — بالعربية

احمد حشمت ابو ستيت :

— نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى — ١٩٤٥

احمد مرزوق :

— فى نظرية الصورية فى التشريع المصرى — رسالة القاهرة ١٩٥٨ .

اسماعيل غانم :

— النظرية العامة للالتزام ج ٢ (احكام الالتزام والاثبات) — ١٩٦٧

انور سلطان :

— النظرية العامة للالتزام ج ٢ (احكام الالتزام) . بدون تاريخ .

برهام محمد عطا الله :

— اساسيات نظرية الالتزام — ١٩٨٢ .

ثروت حبيب :

— الالتزام الطبيعى (حالاته وآثاره) — ١٩٦١ .

جميل الشرقاوى :

— النظرية العامة للالتزام . الكتاب الثانى (احكام الالتزام) — ١٩٨٣ .

سليمان مرقس :

— احكام الالتزام — ١٩٥٧ .

— موجز اصول الالتزامات — ١٩٦١ .

سمير عبد السيد تناغو :

— نظرية الالتزام — ١٩٧٥ .

شفيق شحاته :

— حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية — ١٩٥٤ .

شمس الدين الوكيل :

— دروس فى الالتزامات — ٥٩ — ١٩٦٠ .

عبد الرازق حسن فرج :

— الابراء من الالتزام (دراسة مقارنة) — ١٩٧٦ .

عبد الرازق احمد السنهورى :
— الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد :
٢ — نظرية الالتزام بوجه عام . الاثبات . آثار الالتزام — ١٩٥٦ .
٣ — الأوصاف . الحوالة . الانقضاء — ١٩٥٨ .

عبد الفتاح عبد الباقى :
— دروس . احكام الالتزام (بدون تاريخ) .

عبد المنعم البدراوى :
— اثر مضى المدة فى الالتزام . رسالة القاهرة — ١٩٥٠ .
— النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المدنى المصرى) جـ ٢ أحكام الالتزام ١٩٦٨ .
— النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى جـ ٢ احكام الالتزام — ١٩٧٣ .

عبد المنعم فرج الصدة :
— أحكام الالتزام — ١٩٥٥ .

عبد الودود يحيى :
— حوالة الدين . دراسة مقارنة فى الشريعة الاسلامية والقانون الالمانى والمصرى . رسالة القاهرة ١٩٥٧ ط / ١٩٦٠ .
— دروس فى النظرية العامة للالتزامات . جـ ٢ (أحكام الالتزام والاثبات) ١٩٨٠ .

عبد الناصر توفيق العطار :
— الأجل فى الالتزام . رسالة القاهرة — ١٩٦٤ .

محمد عباس السامرائى :
— انتقال الالتزام بين الأحياء ، فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن . رسالة كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر — ١٩٧٦ .

محمود جمال الدين زكى :
— الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى . ط ٣ — ١٩٧٨ .

مصطفى محمد الجمال :
— الوجيز فى القانون المدنى (القانون بوجه عام . نشوء الالتزام . أحكام الالتزام) — بدون تاريخ .

ثانيا ـ بالفرنسية

1 — Théses et ouvrages generaux et speciaux

BOURGUIGNON (P) :

— notion juridique de l'interposition de personne. Thèse Paris — 1960.

CARBONNIER :

— Droit civil. T. 4 (les obligations) — 1969.

CATALA (Nicole) :

— La nature juridique du payement — 1961.

COLIN (A) et CAPITANT (H) :

— avec le concours de.

DE LA MORANDIERE :

— Cours élémentaire de droit civil français. T. 2 8 éd. 1935.

DAGOT (M) :

— La Simulation en droit privé. — 1967.

GAUDEMET (E) :

— Théorie générale des obligations. publié par :

DEBOIS (H) et GAUDEMET (J) : 1965.

HAILLECOURT (Marcel) :

— Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit Français. Thése Bordeaux — 1911.

JOSSERAND (L) :

— Cours de droit civil positif français. T. 2 2 éd. — 1933.

MARTY (G) et RAYNAUD (P) :

Droit civil. T. 2 (l. er. Vo : les obligations) — 1962.

MAZEAUD (H.L.et.J) : par JUGLART (M. de) :

— Leçons de droit civil. T. 2 5. éd. — 1973.

MENDEGRIS (Roger) :

— La nature juridique de la Compensation — 1969.

N. IOANID (Nicolas) :
— De el Solidarité imparfaite. Thése paris — 1902.

PILLEBOUT (J.F) :
— Recherches sur l'exception d'inexécution. — 1971.

PLANIOL (M) et RIPERT (G) :
— avec el Concours de.

BOULANGER (J) :
— Traité élémentaire de droit civil T. 2 3 éd. — 1949.

ROCHET (E) :
— La Simulation en droit civil et en droit fiscal Thèse Toulous — 1906.

STARCK (B) :
— Droit civil (obligations) — 1972.

2 .. Articles

ALFANDARI (Elie) :
— Le controle des clauses penales par le juge. J.C.P. 1971 — 1 — doct — 2395.

ALLIX (Dominique) :
— Reflexions sur la mise en demeure, J.C.P. 1977 — 1 — doct — 2844.

BOCCARA (Bruno) :
— La liquidation de la clause Penale et la querelle seculaire de l'article 1231 du code civil J.C.P. 1970 — 1 — doct — 2294.
— La réforme de la clause Penale : Conditions et limites de l'intervention judiciaire. J.C.P. 1975 — 1 — doct — 2742.

BORE (Jacques) :
— La liquidation de l'astreinte comminatiore. D 1966 — chr — pp. 159 — 168.

BREDIN (j. d) :
— Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte Simulé, Rev. trim. 1956 pp. 261 — 289.

CARBONNIER (J) :

— La règle Contra non valentem agere non currit praescriptio. Rev. crit. 1937 pp. 155 — 194.

— Sort de l'hypothèque constitueé sur un immeuble faisant l'objet d'une promesse unilatérale de vente. Rev. trim. 1948 pp. 349 — 350 No. 3.

— Le Silence et la gloire. D 1951 — chr — pp. 119 — 122.

— Notes sur la prescription extinctif. Rev. trim. 1952 pp. 171 — 181.

CATALA — FRANJOU (Nicole) :

— De la nature juridique du droit de rétention. Rev. trim. 1967 pp. 9 — 44.

CHABAS (F) :

— Réflexions sur la compensation judiciaire. J.C.P. 1966— 1 — doct — 2026.

— Remarques sur l'obligation in solidum. Rev. trim. 1967 pp. 310 — 338.

— La réforme de la clause penale (Loi no 75 — 597 du 9, juilet 1975). D. 1967 — chr — pp. 229 — 236.

CHAUSSE (A) :

— De la rétroactivité. dans les actes juridiques. Rev. crit. 1900 pp. 529 — 547.

CHEVALLIER (jean) :

— L'obligation alternative. Rev. trim. 1967 pp. 384 — 385 No. 3.

— L'article 1152 du code civil Rev. trim. 1969 pp. 116—120 No. 2.

DAGOT (m) :

— Interposition de personne (Ency. D) T. 4.

DAVID (François) :

— De la mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 95 — 140.

DEMOGUE (René) :

— A qui appartient le choix dans les dettes alternatives. Rev. trim. 1929 p. 1092 No. 16.

DERRIDA (F) :

— De la Solidarité Commerciale. Rev. trim. Comm. 1953 pp. 329 — 372.

DRAKIDIS (ph) :

— Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la Compensation acquise. Rev. trim. 1955 p. 238.

ESMEIN (A) :

— L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. Rev. trim. 1903 pp. 5 — 53.

ESMEIN (Paul) :

— Les astreints. Leurs nouvelles applications. G.P. 1941 — 1 — doct — pp. 81 — 83.

— La commercialisation du dommage morale. D. 1954 — chr — pp. 113 — 116.

FREJAVILLE (M) :

— L'astreinte. D. 1949 chr — pp. 1 — 4.

GEBLER (Marie .. josèphe) :

— Les obligations alternatives. Rev. trim. 1969 pp. 1 — 28.

GEGOUT :

— Essai sur la rétroactivité conventionnelle. Rev. crit. 1931 p. 253 et s.

GHESTIN (J) :

— Ency. D. T. 1 sous (Simulation) p. 6 no 60.

HEBRAUD (p) :

— Les pouvoires du juge des référés pour l'éxécution des décisions d'expulsion. Rev. trim. 1950 p. 88 No. 5.

JAMBU .. MERLIN (R) :

— Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques. Rev. trim. 1948 pp. 271 — 299.

JAUBERT (M) :

— De divers cas d'interposition de personne. Rev. crit. 1905 p. 156 — 175.

J. BOULANGER :

— Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques. Rev. trim. pp. 1 — 17.

JOSSERAND (Louis) :

— L'avènement du concubinat. D. H. 1932 — chr — pp. 45 — 51.

KAYSER (P) :

— La solidarité au cas de fautes. Rev. crit. 1931 pp. 197 — 224.

— L'astreinte judiciaire et la responsabilité civie. Rev. trim. 1953 pp. 209 — 246.

LELOUTRE (Amédée) :

— Des cas d'existence et des effets de la condition. Rev. crit. 1912 pp. 232 — 244 et 291 — 302.

LOUSSOUARN (Yvon) :

— La condition de l'erreur du « Solvens » dans la répitition de l'indu. Rev. trim. 1949 pp. 212 — 230.

— Conséquences de la rétroactivité de la condition suspensive. Rev. trim. 1969 p. 564 No. 13.

— De la distinction du terme et de la condition. Rev. trim. 1970 pp. 768 — 769 No. 13.

MANDE .. DJAPOU (j) :

— La notion étroite du droit de rétention. J.C.P. 1976—1—doct — 2760.

MAZEAUD (Henri) :

— Obligation Conditionnelle. Condition Potestative. Rev. trim. 1939 pp. 225 — 226 No. 7.

— La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile. D. 1954 — chr pp. 39 — 44.

MAZEAUD (H. et L.) :

— L'action paulienne peut — elle être exerceé par un créancier contre un acte antérieur à Sa créance ? Rev. trim 1943 pp. 190 — 191 No. 9.

— Action Paulienne : Complicité du tiers; action en responsabilité civile. Rev. trim. 1948 pp. 345 — 346 No. 27.

— Astreint : liquidation avant l'exécution. Rev. trim. 1951 pp. 256 — 258.

— Astreint Prononcée Par la juridiction administrative contre le cocontractant de l'administration. Rev. trim. 1956 p. 730 No 44.

— Action oblique : inutilité d'un titre exécutoire. Rev. trim. 1958 P. 262 No 38.

MAZEAUD (Léon) :

— L'évaluation du Préjudice et la hausse des prix en Cours d' instance. J.C.P. 1942 — 1 — doct — 275.

MEURISSE (R) :

— Le déclin de l'obligation in Solidum. D 1962 — chr — pp. 243 — 246.

MONTEL (Alberto) :

— considérations en matière de réforme de la prescription. Rev. trim 1936 pp. 637 — 648.

PIERRARD (Marie Jeanne) :

— Les procédés de preuve du paiement. Rev trim. 1948 pp. 429 — 447.

PLANIOL (M) :

— De l'action en déclaration de simulation. Rev. crit. 1886 p. 622 — 642.

RASSAT (Michèle .. Laure) :

— L'astreinte définitive. J.C.P. 1967 — 1 doct — 2069.

RAYNAUD (Pierre) :

— La renonciation à un droit R.T 1936 p. 763 et s.

— Saisie — arrêt ; Saisie — exécution ; ces voies d'éxécution. Sont — elles Possibles àpropos d'une astreinte non liquidée ? Rev. trim. 1950 p. 403 No 28.

RIPERT :

— Le droit de ne pas payer ses dettes. D.H 1936 — chr — p. 57 et s.

TUNC (André) :

— Astreinte provisoire et astreinte définitive. Rev. trim. 1961 p. 502 No 31.

VASSEUR (Michel) :

— Délai préfix ; délai de prscription, délai de procédure. Rev. trim. 1950 pp. 439 — 472.

VINCENT (Jean) :

— L'extension de la jurisprudence de la notion de la solidarité passive. Rev. trim. 1939 pp. 601 — 683.

VITU (André) :

— Subrogation légale et droit des assurances. Rev. gén. des. ass. terr. 1946 pp. 231 — 260.

WEILL (Alex) :

— Dommages — intérêt compensatoires et mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 203 — 266.

3 — Notes de jurisprudence

AUBERT (Jean .. Luc) : sous :

— civ. 1/6/1983 D 1984 — J — 152.
— com. 20/7/1983 D 1984 — J — 422.

BALLEYDIER (L) :

— civ. 5/4/1894 S 1895 — 1 — 129.

BECQUE(M) :

— civ. 10/4/1948 J.C.P. 1948 — 2 — 4403.

BEQUIGNON (ch) :

— Paris 24/7/1928 S 1929 — 2 — 97.

BESSON (A) :

— Lyon 2/3/1943 R.G.A.T. 1943 — 246.
civ 5/3/1945 D 1946 — 1.

L. P. :

— Civ. 5/3/1945 J.C.P. 1945 — 2 — 2798.

LYON .. CAEN (Ch) :

— Req. 8/7/1901 S. 1902 — 1 — 113.

MAGNOL (J) :

— Limoge 14/10/1910 D. 1911 — 2 — 393.

MALAURIE (Ph) :

— Civ. 17/1/1984 D. 1984 — J — 437.

MARTIN (D) :

— Civ. 24/2/1981 D. 1982 — 479.

— Civ. 11/1/1984 D. 1984 — I.r — 275.

MAZEAUD (Henri et Léon) :

— Paris 5/2/1943 R.T 1944 — 117.

— Lyon 2/3/1943 R.T 1944 — 38.

— Civ. 5/3/1945 R.T 1946 — 36.

MAZEAUD (Jean) :

— Civ. 18/1/1967 D. 1967 — 358.

— Civ. 4/2/1969 D. 1969 — 601.

MATHIOT (A) :

— C.E 28/7/1951 S. 1952 — 3 — 25.

MEURISSE (R) :

— Tr. Civ. Cherbourg 4/12/1950 S. 1953 — 2 — 9.

MIMIN (P) :

— Req. 21/6/1937 D. 1938 — 1 — 28.

MOURGEON (L) :

— Civ. 30/4/1970 J.C.P 1971 — 2 — 16674.

M. P. :

— Civ. 14/3/1900 D. 1900 — 1 — 497.

NAST (Marcel) :

— Montpellier 7/7/1932 D. 1933 — 2 — 97.

PIC (Paul) :

— Aix 19/4/1928 D. 1930 — 2 — 17.

الفهـرس

الباب الثانى

اوصاف الالتزام

الفصل الأول

الأوصاف التى ترد على الرابطة القانونية (الشرط ، والأجل)

الفصل الثانى

الأوصاف التى ترد على محل الرابطة القانونية (تعدد المحل) (الالتزام التخييرى والالتزام البدلى)

الفصل الثالث

الأوصاف التى تتعلق باطراف الرابطة القانونية (تعدد طرفى الالتزام ، التضامن ، وعدم القابلية للانقسام)

الباب الثالث

انتقال الالتزام

الفصـــل الأول
حوالة الحـــق

الفصـــل الثانى
حـــوالة الدين

البـــاب الرابع
انقضـــاء الالتزام

الفصـــل الأول
انقضـــاء الالتزام بالوفاء

الفصـــل الثانى

انقضاء الالتزام بمـــا يعادل الوفاء

الفصـــل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

تصـــويب

الصفحة	السطر	الخطـــأ	الصواب
٧	١٣	الحاضر	الحاضر يرد
١٢	٨	واب	واجب
١٥	٦	يمكن	يمكن اجمال
١٦	١	تبك	تبيك
١٨	١٩	مساسا	مساس
٢١	١٥	كان	كان محل
٢٢	٢٥	مرتبط	مرتبطا
٢٤	٧	أرهاقا جسيما	أرهاق جسيم
٢٤	٨	ضررا جسيما	ضرر جسيم
٣٥	٣	تطور كبير	تطورا كبيرا
٣٨	٩	أرهاقا	ارهاق
٤٨	١٠	أرهاقا	ارهاق
٤٨	١١	ضررا جسيما	ضرر جسيم
٥٠	١٤	تعويضا	تعويض
٥٤	١	٣	٢،
٥٥	٦	التعويض	٣ — التعويض
٥٦	٨	من ينقـــد	ينتقـــد
٦٩	٢	من	عن
٦٩	١٠	يعطيان	يعطيان
٧١	١٠	الاصلاح	الاصطلاح
٧٥	٢	ضررا	ضرر
٧٧	٤	يتبقى	يتبق
٧٧	٢٠	ضررا	ضرر
٧٩	٢٤	وهنـــا	رهنـــا

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨٩	١٢	سندا	سند
٨٩	١٣	تنفيذيا	تنفيذى
٩٢	هامش ٣ سطر ٢	١٩٦٠	١٩٦١
٩٦	١٧	نشذا	نشأ
١٠٧	هامش ١	بند	بند ٤٠٧
١٠٩	الهامش ، سطر ٢	— ١ —	— ٢ —
١١٠	هامش ١ سطر ٦	— ١ —	— ٢ —
١١١	٤	غشا	غش
١١١	٤	وتواطؤا	وتواطؤ
١١٦	هامش ١ سطر ٧	déclation	déclaration
١١٦	هامش ١ سطر ٧	cimulation	simulation
١١٩	٩	٤٣١	٤٧١
١١٩	١٥	حقيقته	حقيقة
١٣٧	٧	اخرى	اخرى دفع
١٣٩	١٧	ارتباطا	ارتباط
١٤٢	١٧	بالحق العينى	المرتهن
١٤٢	٢٠	الراسى	للراسى
١٤٢	٢٥	بحق عينى	مرتهن
١٤٤	١٥	ما	مما
١٥١	٢١	لمعانى	لمعان
١٥٩	٩	علق	علق على
١٨٠	١٣	المؤخر	المؤجر
١٨١	٧	delai	délai
١٨٧	١٦	اثرا رجعيا	اثر رجعى
١٨٨	٤	الالتزام	أولا : الالتزام
١٩٥	هامش ٢ سطر ٥	١/٢١	١/٢

الصفحة	السطر	الخطــأ	الصواب
٢٠٠	١	المبحث	المطلب
٢٠٢	٤	بمدينه	بمدينيه
٢٠٩	٤	يتمسكو	يتمسكوا
٢١٤	٧	امما	أما
٢٢١	٦	الالتزام	التزام
٢٣٢	٢٦	الشهروا	اشهروا
٢٣٤	٢٢	٢٠٠	٣٠٠
٢٣٤	٢٣	٢٠٠	٣٠٠
٢٣٤	٢٣	.١٥٠	٥٠
٢٤٠	٦	مشترى	مشتر
٢٥١	١	الثالث	الرابع
٢٥١	٢	انتقال	انقضاء
٢٥٩	هامش ٢ سطر ٨	١٩٣٦	١٣٦
٢٧٣	١٥	شخص	شخصا
٢٧٦	هامش ١	261	231 — 260
٢٧٧	١٩	تالى	تال
٢٧٧	٢٢	يتبقى	يتبق
٢٨٠	هامش ١ سطر ٣	— ٤٩	— ٤٨
٢٨١	٥	المفى	الموفى
٢٨١	٨	تالى	تالٍ
٢٨٣	٦	تالى	تالٍ
٢٨٤	هامش ١ سطر ٧	١٩٦٥/١/١	١٩٦٥/٢/١
٢٩٩	٢	كليهما	كلتيهما
٣١٤	٧	الالتزامين المتقابلين	الالتزامان المقابلان
٣٢٢	١٧	حــق	حقــا
٣٣١	١٢	يتمشى	يتفق

رقم الايداع ١٩٨٥/٣٩٩٤

